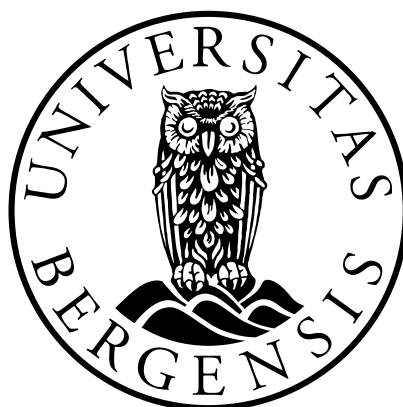


# Virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters vedtak i etterfølgende erstatningssøksmål etter direktiv 2014/104/EU

*Rettslige problemstillinger i spenningsfeltet mellom rettsikkerhet,  
effektivitet og domstolenes selvstendige ansvar for rettsanvendelsen*

Kandidatnummer: 266

Antall ord: 14 850



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2015

## INNHOLD

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>3</b>
1.1	Emne og problemstilling .....	3
1.2	Metode og opplegg .....	4
<b>2</b>	<b>FORHOLDET MELLOM OFFENTLIG OG PRIVAT HÅNDHEVING AV KONKURRANSEREGLENE .....</b>	<b>7</b>
2.1	Utgangspunktet .....	7
2.2	Komplementære håndhevingsmekanismer .....	7
2.3	Kort om Håndhevingsdirektivet .....	8
2.4	Offentlig håndheving etter Rådsforordning 1/2003 .....	10
2.4.1	Bakgrunnen for Direktivet artikkel 9 - parallell håndhevingskompetanse .....	10
2.4.2	Utfordringer ved desentraliseringen av konkurransehåndheving .....	12
2.5	Innlemmelse av Håndhevingsdirektivet i EØS-avtalen .....	13
<b>3</b>	<b>VIRKNINGEN AV NASJONALE KONKURRANSEMYNDIGHETERS VEDTAK FOR ETTERFØLGENDE ERSTATNINGSSØKSMÅL .....</b>	<b>17</b>
3.1	Innledning .....	17
3.2	Utgangspunktet etter norsk rett i dag .....	17
3.3	Direktivets krav etter Artikkel 9 nr. 1 .....	18
3.3.1	Innhold og rekkevidde .....	18
3.3.2	Irrefutably established .....	19
3.3.3	Virkningen av Kommisjonens og EFTAs overvåkningsorgan sine vedtak som tolkningsmoment .....	21
3.3.4	«Irrefutably established»: Rettskraft, semi-rettskraft, bindende bevisvirkning – eller noe helt annet? .....	27
<b>4</b>	<b>VIRKNINGEN AV VEDTAK FRA ANDRE EU/EØS-STATERS KONKURRANSEMYNDIGHETER .....</b>	<b>29</b>
4.1	Innledning .....	29
4.2	Prima facie bevisvekt .....	29
<b>5</b>	<b>PRINSIPPET OM DOMSTOLENS UAVHENGIGHET .....</b>	<b>32</b>
5.1	Innledning .....	32
5.2	Direktivets forbehold i Artikkel 9 nr. 3 .....	32
5.3	Domstolens uavhengighet og saksøktes rett til rettferdig rettergang .....	35
<b>6</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>37</b>
<b>7</b>	<b>RETTSKILDER .....</b>	<b>38</b>
<b>8</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>43</b>

## 1 INNLEDNING

### 1.1 Emne og problemstilling

Denne avhandlingen skal se nærmere på virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters vedtak om overtredelse av konkurransereglene for etterfølgende erstatningssøksmål. EUs nylig vedtatte Direktiv 2014/104/EU om privat håndheving av konkurransereglene (heretter «Direktivet» eller «Håndhevingsdirektivet») fastslår i artikkel 9 at nasjonale konkurransemyndigheters vedtak om overtredelse av konkurransereglene skal være «*irrefutably established*» for etterfølgende erstatningssøksmål i samme stat. I tillegg skal vedtak fra andre medlemsstaters konkurransemyndigheter ha *prima facie* bevisverdi for etterfølgende erstatningssøksmål i hele EU.<sup>1</sup> Bestemmelsen reiser flere spørsmål om forholdet mellom privat og offentlig håndheving av konkurransereglene som skal tas opp her.

Håndheving av konkurranseretten i Europa har hittil vært ansett som et rent offentligrettslig anliggende. Europakommisjonen, EFTAs overvåkningsorgan og nasjonale konkurransemyndigheter har vært de sentrale aktørene. Konkurranseretten gir imidlertid også grunnlag for privatrettslige sanksjoner. Blant annet skal enhver som har lidt skade som følge av overtredelse av konkurranseretten, effektivt kunne gjøre retten til full erstatning gjeldende for nasjonale domstoler.<sup>2</sup>

Såkalt 'privat håndheving' består i at markedsaktørene selv bruker brudd på konkurransereglene som grunnlag for privatrettslige krav. Slike saker håndheves kun av nasjonale domstoler og med utgangspunkt i nasjonale prosessregler.<sup>3</sup> Privat håndheving av konkurransereglene har vært anvendt i svært begrenset grad. Årsaken er at prosessen har vært ressurskrevende med prosessuelle hindringer og rettslig uklarhet. Et fragmentert europeisk regelverk har dermed ført til inkonsekvent håndheving og forum-shopping.<sup>4</sup>

For å legge til rette for en mer effektiv privat håndheving av konkurransereglene, oppstiller Direktivet privat- og prosessrettslige regler for erstatningssøksmål basert på overtredelser av konkurransereglene. Direktivet «*reaffirms the acquis communautaire*» om retten til full erstatning, idet det fastslår at «Anyone who has suffered harm caused by an infringement of Union or national competition law shall be able to claim full compensation for that harm.»<sup>5</sup> Direktivet skal gi økt incentiv til privat håndheving ved å forenkle, effektivisere og

---

<sup>1</sup> Den engelske tittelen er Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. Jeg vil hovedsakelig forholde meg til engelske språkdrakter og forkortelser av de EU-rettslige kildene der det ikke foreligger norske autentiske versjoner.

<sup>2</sup> EU-domstolens avgjørelse senest i Sak C-557/12 *Kone and others*, EU:C:2014:1317, avsnitt 20-23 med henvisninger til Sak C-127/73 *BRT and SABAM*, EU:C:1974:25, avsnitt 16, Sak C-453/00 *Courage and Crehan*, EU:C:2001:465, avsnitt 23-26, Sak C-298/04 *Manfredi and Others*, EU:C:2006:461, avsnitt 39 og 60-61, Sak C-199/11 *Otis and Others* EU:C:2012:684, avsnitt 41-43, og Sak C-536/11 *Donau Chemie and Others* EU:C:2013:366, avsnitt 21-23. Tilsvarende prinsipper vil gjelde for overtredelse av EØS-avtalens tilsvarende forbudsregler inntatt i artikkel 53 og 54 jf. artikkel 3 nr. 2 i Avtalen mellom EFTA statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA).

<sup>3</sup> Jan Magne Juuhl-Langset mfl., *Konkurranserett i et nøtteskall*, (2015) side 191.

<sup>4</sup> Erling Hjelmeng, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, (2003) side 566.

<sup>5</sup> Jf. Direktivets artikkel 2 nr. 1.

harmonisere adgangen til å kreve erstatning for brudd på konkurransereglene ved søksmål, samtidig som legitime interesser som lempningsinstituttet beskyttes.<sup>6</sup>

Avhandlingens hovedproblemstilling er hvilke krav Direktivets artikkel 9 stiller til virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters vedtak for behandlingen av etterfølgende erstatningssøksmål begrunnet i samme overtredelse. Redegjørelsen vil sondre mellom virkningen av den nasjonale konkurransemyndighetens vedtak for domstolene i samme stat, og virkningen av vedtak fattet av andre EU/EØS-staters konkurransemyndigheter. Formålet med redegjørelsen er å klarlegge hvilke bindinger bestemmelsen legger på nasjonale domstolars behandling av erstatningssøksmål basert på forutgående vedtak om brudd på konkurransereglene.

Et eksempel kan hentes fra Konkurransetilsynets vedtak 29. april 2015 hvor tre elektroforetak ble ilagt overtredelsesgebyr for ulovlig anbudssamarbeid ved utføring av elektrotjenester for Vestre Viken helseforetak.<sup>7</sup> Sett at vedtaket blir akseptert eller opprettholdt av domstolene. Deretter krever Vestre Viken helseforetak erstatning som følge av at anbudssamarbeidet har påført foretaket tap. Hva innebærer Direktivets krav om at Konkurransetilsynets endelige vedtak skal være «irrefutably established» for erstatningssaken? Vil vedtaket få en rettskraftsliknende virkning eller bindende bevisvirkning? Hvilke aspekter av vedtaket er «irrefutably established»? Hva er virkningen av vedtaket dersom vedtaket hadde blitt fattet av Konkurrensverket i Sverige? Det er slike problemstillinger jeg skal behandle i denne oppgaven.

For å vurdere innholdet og rekkevidden av Artikkel 9, er det også hensiktsmessig å belyse enkelte EØS-rettslige implikasjoner ved innlemmelse av Direktivet i EØS-avtalen. De EØS-rettslige implikasjonene relaterer seg blant annet til artikkel 9 nr. 2 som oppstiller en grenseoverskridende virkning av konkurransemyndigheters vedtak. Gjennomføring av Direktivet i sin helhet på tvers av EFTA- og EU-pilarene i EØS reiser krevende EØS-rettslige problemstillinger i forholdet EU-EØS, særlig knyttet til betydningen av skillet innen desentraliseringen av håndhevingen i EU-pilaren og EFTA-pilaren. Direktivet er nå til vurdering hos EØS partene som skal ta stilling til Direktivets EØS-relevans.<sup>8</sup>

## 1.2 Metode og opplegg

Formålet med avhandlingen er å redegjøre for innholdet og rekkevidden til Direktivets artikkel 9 ved etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonale domstoler. Redegjørelsen må bero på en tolkning av direktivteksten, fortalen og relevant rettspraksis etter alminnelige EU- og EØS-rettslige tolkningsprinsipper.<sup>9</sup> Et særtrekk ved avhandlingen er at Direktivet ikke enda er innlemmet i EØS-avtalen. Følgelig kan Direktivet få en annen utforming i EØS-avtalen avhengig av forhandlingene i EØS-komiteen. Deler av avhandlingen kan dermed ende opp som rettshistorie dersom EØS-komiteen skulle finne på noe lurt. Samtidig ligger det nærmest

---

<sup>6</sup> Jf. fortalens 9. bemerkning.

<sup>7</sup> Ikke offentliggjort vedtak.. Se pressemelding <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Milliongebyr-for-kartell-virksomhet/>

<sup>8</sup> Direktivet ble publisert i EU-tidende 5. desember 2014, og frist for gjennomføring i nasjonal rett er 27. desember 2016.

<sup>9</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett* 2.utgave (2014) side 228.

i sakens natur at jeg må forholde meg til Direktivet slik det lyder nå. Innlemmes Direktivet i EØS-avtalen må en dessuten gå ut fra at de materielle hovedtrekkene vil bestå. En hypotetisk mulighet for senere EØS-rettslige endringer er derfor etter mitt syn ingen avgjørende innvending mot at oppgaven drøfter Direktivet slik det lyder nå.

Den 19. desember 2015 avga en ekspertgruppe fra Universitetet i Oslo, en utredning om hvilke krav Direktivet stiller for norsk rett.<sup>10</sup> Utredningen gjennomgår i den forbindelse også artikkel 9. For denne avhandlingen har utredningen gitt nyttige perspektiver og pekt ut en del problemstillinger som er verdt å drøfte nærmere. Metodisk må imidlertid utredningen anses som en kilde på lik linje med juridisk teori, som etter EU/EØS-rettslig metode ikke har noen rettskildevikt utover sin argumentasjonsverdi.<sup>11</sup> Jeg har derfor ikke sett meg bundet av de konklusjonene og synspunktene som kommer til uttrykk i utredningen. Skal synspunkter som kommer til uttrykk i en slik utredning legges til grunn som gjeldende rett, må det være som følge av utredningens vurdering av autoritative kilder og argumentasjonens overbevisningskraft.

En metodisk problemstilling relatert til tolkningen av artikkel 9 er at rettskildematerialet er begrenset. Per juni 2015 foreligger ingen rettspraksis fra EU- eller EFTA-domstolen som konkret er tilknyttet virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters vedtak etter Direktivet. Artikkel 9 er imidlertid basert på Rådsforordning 1/2003 artikkel 16 som regulerer virkningen av *Kommisjonens* vedtak for nasjonale domstolars avgjørelser.<sup>12</sup> I den sammenheng er det hensiktsmessig å redegjøre for virkningen av Kommisjonens (og EFTAs overvåkningsorgans) vedtak og hvorvidt virkningen av artikkel 16 kan gi veiledning til tolkningen av innholdet i artikkel 9.<sup>13</sup> Rettsutviklingen i EU skjer ikke i et vakuum. Allerede det forhold at Direktivet bygger på den nevnte Rådsforordningen tilsier at forordningen er relevant ved tolkningen av Direktivet. Jeg vil derfor redegjøre noe nærmere for Rådsforordningens artikkel 16 for å kunne belyse Direktivets artikkel 9. Redegjørelsen vil bygge på en tolkning av Rådsforordningen i samsvar med EU-domstolens praksis.<sup>14</sup>

Ved tolkningen av Direktivteksten vil Kommisjonens Hvitbok<sup>15</sup>, Arbeidsdokument<sup>16</sup> og Direktivutkastet<sup>17</sup> anvendes kontekstuellt for å bekrefte eller avkrefte forskjellige

---

<sup>10</sup> Utredning av rettsspørsmål knyttet til gjennomføringen i norsk rett av Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november om *visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranserett* av Professor Erling Hjelmeng, Førsteamanuensis Inger B. Ørstavik og Førsteamanuensis Eirik Østerud, 19.12.2014.

<sup>11</sup> Jf. motsetningsvis gjennomgangen av rettskildene EU/EØS i Fredrik Sejersted mfl. *EØS-rett*, 3. utgave, (2011) Universitetsforlaget, side 219 flg. og Fredriksen og Mathisen side 215 flg.

<sup>12</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1.

<sup>13</sup> Behandles i kapittel 3.3.1.

<sup>14</sup> EUs domstolsapparat består av tre ulike domstoler, The Court of Justice, the General Court og the Civil Service Tribunal. I fremstillingen vil jeg hovedsakelig forholde meg til praksis fra The Court of Justice grunnet dets rolle som prejudikatsdomstol, anke-domstol for Underretten og kompetanse til å fatte bindende forhåndsavgjørelser etter artikkel 267 TFEU. Referansen til EU-domstolen vil derfor tilsvare The Court of Justice.

<sup>15</sup> White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules, COM(2008) 165, 2. April 2008.

<sup>16</sup> Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (SEC (2008) 404.

tolkningsalternativer.<sup>18</sup> Vekten av disse dokumentene er imidlertid begrenset. Det er blant annet hevdet at den endelige teksten i Håndhevingsdirektivet utgjør et konservativt resultat sammenlignet med Kommisjonens utgangspunkt grunnet politiske kompromisser.<sup>19</sup> Særegenhetene i EUs lovgivningsprosesser tilsier at det er grenser for hvor stor betydning forarbeidene kan tillegges ettersom organene som er involvert i lovgivningsprosessen ikke nødvendigvis er enige i hva som bør reguleres eller i fortolkninger av bestemmelser.<sup>20</sup> Forarbeidene til Direktivteksten kan dermed ikke sammenlignes med lovforarbeider sin plass i norsk rettskildelære, og må anvendes med et slikt forbehold.<sup>21</sup>

For å plassere Håndhevingsdirektivets artikkel 9 i en større kontekst, starter avhandlingen i kapittel 2 med en introduksjon til todelingen av håndhevingsmyndigheten i konkurranseretten mellom offentlig og privat håndheving. Avhandlingen vil i den sammenheng synliggjøre de EØS-rettslige utfordringene med skillet mellom EU- og EFTA-pilaren ved det desentraliserte håndhevingsregimet som ble etablert i Rådsforordning 1/2003. Skillet har relevans for innføringen av Direktivet i sin helhet, og ikke bare artikkel 9. En kort redegjørelse for utfordringene er likevel av betydning for avhandlingens problemstilling; For det første viser skillet i systemet for desentralisert håndheving hvorfor det ikke er en selvfølge at Direktivet og artikkel 9 vil få anvendelse i EØS-retten; for det andre illustrer skillet at samarbeidsmekanismene mellom Kommisjonen, nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler, som nettopp utgjør bakgrunnen for artikkel 9, ikke er inntatt i EØS-avtalen. For det tredje viser skillet at særlig artikkel 9 nr. 2 forutsetter at EU-pilaren anerkjenner vedtak fra konkurransemyndigheter i EFTA-pilaren basert på EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

Kapittel 3 utgjør avhandlingens hoveddel, hvor jeg drøfter Direktivets artikkel 9 nr. 1 om virkningen av nasjonale konkurransemyndighetenes vedtak for etterfølgende erstatningssøksmål. I kapittel 4 behandles virkningen av vedtak fra andre EU/EØS-staters konkurransemyndigheter etter artikkel 9 nr. 2, mens forholdet mellom artikkel 9 og domstolenes uavhengighet drøftes i kapittel 5. Avslutningsvis i kapittel 6 vil avhandlingen forsøke å peke på den praktiske betydningen av Direktivet og noen EØS-rettslige utfordringer i den forbindelse.

---

<sup>17</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on *certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*. COM(2013) 404, 11.6.2013.

<sup>18</sup> Fredriksen og Mathisen, side 228.

<sup>19</sup> Den endelige direktivteksten er myket opp på flere områder sammenlignet med utkastet, særlig artikkel 9 nr. 2. Se Cisotta, Roberto, «Some Considerations on the Last Developments on Antitrust Damages Actions and Collective Redress in the European Union», (2015) *Competition Law Review*, Volume 10, Issue 1, 81-105.

<sup>20</sup> Fredriksen og Mathisen side 229.

<sup>21</sup> Fredrik Sejersted mfl. side 234.

## 2 FORHOLDET MELLOM OFFENTLIG OG PRIVAT HÅNDHEVING AV KONKURRANSEREGLENE

### 2.1 Utgangspunktet

Håndhevingsdirektivets artikkel 9 forutsetter at det foreligger et forutgående offentligrettslig vedtak om brudd på konkurransereglene. For å vurdere den privatrettslige virkningen i artikkel 9, er det derfor hensiktsmessig å redegjøre for de bakenforliggende offentlige håndhevingsmekanismene i EU og EØS.

Direktivet gjelder erstatningssøksmål basert på overtredelse av artikkel 101 om forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid, og 102 TFEU om forbudet mot misbruk av markedsdominans, eller tilsvarende nasjonale konkurranseregler.<sup>22</sup> Artikkel 101 og 102 har ikke anvendelse i EFTA-pilaren, men artiklene er i hovedsak identiske med EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Dersom Direktivet inntas i EØS-avtalen og skal gjennomføres i EFTA-pilaren, må Direktivets virkeområde tilpasses til erstatningssøksmål basert på brudd på EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Den videre redegjørelsen vil behandle håndhevingsmekanismene både i EU-konkurranseretten og EØS-konkurranseretten for å illustrere utfordringer som kan få betydning for gjennomføringen av Direktivet.

### 2.2 Komplementære håndhevingsmekanismer

EU/EØS-konkurranseretten er preget av håndhevingspluralisme som innebærer at en rekke aktører har parallell eller overlappende kompetanse.<sup>23</sup> Håndheving av konkurransereglene foregår på nasjonalt nivå, EØS-nivå og EU-nivå, og både gjennom offentlig og privat håndheving. Sistnevnte innebærer blant annet at den samme overtredelsen av konkurransereglene kan være gjenstand for både forvaltningsrettslig saksbehandling og private søksmål.

Med 'offentlig håndheving' siktes det til anvendelsen av konkurransereglene av forvaltningsmyndigheter, henholdsvis Kommisjonen og medlemsstatenes konkurransemyndigheter i EU-pilaren, og EFTAs overvåkningsorgan og EFTA-statenes konkurransemyndigheter i EFTA-pilaren.<sup>24</sup> 'Privat håndheving' innebærer at markedsaktørene selv benytter brudd på de konkurranserettslige forbudene som grunnlag for rettslige krav som håndheves av nasjonale domstoler eller gjennom minnelig tvisteløsning.<sup>25</sup> Offentlig og privat håndheving har ulike prosessformer, involverer ulike aktører og ivaretar til dels ulike hensyn og formål. Privat håndheving beskytter rettighetene til de enkelte aktørene hvor reparasjon, kompensasjon og represjon er sentrale formål. Offentlig håndheving skal først og fremst avskrekke til fremtidige overtredelser for mer overordnet å fremme konkurranse i markedet i samfunnets og forbrukernes interesse. Offentlig og privat håndheving fungerer

---

<sup>22</sup> Direktivtekstens henvisning til overtredelse av medlemsstatenes nasjonale konkurranseregler – «national competition law» - er restriktivt definert i Direktivets artikkel 2 nr. 3 som angir at Direktivet kun får anvendelse for nasjonale konkurranseregler der samhandlingsvilkåret er oppfylt.

<sup>23</sup> Kolstad mfl, *Prosess og sanksjoner*, bind II, Norsk konkurranserett, (2006) side 1.

<sup>24</sup> Strafferettslige sanksjoner, som en del av den offentlige håndhevingen, faller utenfor rekkevidden av Direktivet jf. artikkel 1 nr. 2.

<sup>25</sup> Sml. Hjelmeng, Erling, «Forslag til direktiv om privat håndhevelse av EU-/EØS-konkurransereglene (COM(2013) 404 final)/2013/0185, Nytt i privatretten nr. 3 2013 s. 13-15.

dermed som komplementære sanksjonsmekanismer i konkurranseretten, og må forstås og anvendes i lys av hverandre.

EFTA-domstolen bekreftet senest i Sak E-5/13 *Schenker V* at privat håndheving av EØS-avtalens art. 53 og 54 bør fremmes fordi det supplerer den offentlige håndhevingen; «The private enforcement of these provisions [EØS-avtalens artikkel 53 og 54] ought to be encouraged, as it can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the EEA. While pursuing his private interest, a plaintiff in such proceedings contributes at the same time to the protection of the public interest.”<sup>26</sup>

### 2.3 Kort om Håndhevingsdirektivet

Direktivet harmoniserer en rekke privatrettslige og prosessuelle regler for å gjøre det enklere å fremme erstatningskrav basert på overtredelser av medlemsstatenes og EUs konkurranserett. Direktivets rettslige virkeområde er angitt i artikkel 1, som i den engelske versjonen lyder:

*“1. This Directive sets out certain rules necessary to ensure that anyone who has suffered harm caused by an infringement of competition law by an undertaking or by an association of undertakings can effectively exercise the right to claim full compensation for that harm from that undertaking or association”. It sets out rules fostering undistorted competition in the internal market and removing obstacles to its proper functioning, by ensuring equivalent protection throughout the Union for anyone who has suffered such harm.*

*2. This Directive sets out rules coordinating the enforcement of the competition rules by competition authorities and the enforcement of those rules in damages actions before national courts”.*

Direktivets virkeområde er etter artikkel 1 nr. 1 begrenset til søksmål om *erstatning* for skade voldt ved overtredelse av konkurransereglene nevnt i Direktivet. Direktivet gjelder dermed for det første kun for domstolsbehandling av *erstatningssaker*, slik at det ikke er krav om at Direktivet skal få anvendelse for andre privatrettslige sanksjoner som avtalerettslig ugyldighet, restitusjons/tilbakebetalingskrav og forføyningskrav.<sup>27</sup> Direktivet oppstiller ikke et eget EU-rettslig erstatningsansvar, som tilfellet for statens erstatningsansvar, slik at det privatrettslige erstatningsansvaret skal vurderes innenfor etablerte prinsipper om erstatningsansvar.

For det andre får Direktivet kun anvendelse ved brudd på «competition law provisions of the Member States and of the European Union».<sup>28</sup> Direktivet gjelder i utgangspunktet anvendelsen av EU-konkurransereglene artikkel 101 og 102 TFEU.<sup>29</sup> Direktivet omfatter imidlertid også nasjonal konkurranselovgivning, der denne benyttes i saker hvor samhandelskriteriet om at saken “*may affect trade*” over landegrensene er oppfylt.<sup>30</sup> Dersom

---

<sup>26</sup> Sak E-5/13 *Schenker V*, EFTA Ct rep. 2014 s. 306 avsnitt 134 med henvisninger til Generaladvokat Kokotts Opinion i Sak C-557/12 *Kone and others*, ECLI:EU:C:2014:45 avsnitt 60.

<sup>27</sup> jf. Definisjonen av «action for damages» i art. 2(4). Hjelmeng-utredningen legger imidlertid opp til at særlig restitusjonskrav bør likebehandles i norsk rett, noe som ikke er et krav etter Direktivet (s. 15-16).

<sup>28</sup> Jf. artikkel 1, definert i artikkel 2 nr. 1 jf. nr. 3.

<sup>29</sup> Jf. definisjonen i artikkel 2 nr. 1.

<sup>30</sup> Direktivets artikkel 2 nr. 3 jf. nr. 1 og Rådsforordning 1/2003 Artikkel 3(1).



samhandelen er påvirket vil det etter Direktivet følgelig ikke ha betydning om krav fremmes på grunnlag av EU-reglene eller nasjonal konkurranselovgivning. Direktivet gjelder i utgangspunktet ikke virkningen av brudd på rent nasjonale konkurransesaker hvor det ikke foreligger noen samhandelspåvirkning.

Direktivets formål er å danne et mer effektivt, forutberegnelig og uniformt rettsgrunnlag for erstatningssøksmål etter overtredelser av EUs konkurranseregler i hele Europa.<sup>31</sup> For å oppnå målsettingen oppstiller Direktivet flere privat- og prosessrettslige regler for erstatningssøksmål som må implementeres i nasjonal rett. Direktivets krav er både materielle og prosessuelle, og krever en delvis harmonisering av enkelte elementer innenfor flere ulike rettsområder. Det gjelder særlig materiell erstatningsrett, pengekravsrett, foreldelsesregler, sivilprosess, forvaltningsrett og konkurranserett. De sentrale aspektene ved Direktivet er blant annet regler om skadepresumpsjon, overvelting av overpris, tilgang til bevis, avkortning av solidaransvar, utvidet foreldelsesfrist, minnelig tvisteløsning og betydningen av konkurransemyndighetenes vedtak i etterfølgende erstatningssaker. Avhandlingen fokuserer på sistnevnte som er inntatt i artikkel 9.

Artikkel 9 regulerer virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters administrative vedtak for etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonalstatens domstoler eller andre medlemsstaters domstoler. Bestemmelsen gjelder såkalte «follow-on» søksmål, som innebærer at søksmålet følger i kjølevannet av et forutgående vedtak av konkurransemyndighetene. Forholdet mellom offentlig og privat håndhevelse kommer her særlig på spissen, i forbindelse med hvilken virkning administrative avgjørelser skal ha i senere sivile søksmål. Et av formålene med Direktivet er å optimalisere og koordinere dette samspillet mellom offentlig og private håndheving. Det fremgår blant annet av Direktivets artikkel 1 nr. 2 at «This Directive sets out rules *coordinating the enforcement* of the competition rules by competition authorities and the enforcement of those rules in damages actions before national courts.»<sup>32</sup>

Direktivet sikter til det offentligrettslige håndhevingssystemet etter Rådsforordning 1/2003 hvor nasjonale konkurransemyndigheter ble tildelt kompetanse til å håndheve artikkel 101 og 102.<sup>33</sup> Direktivet er en videreføring av moderniseringen av konkurransehåndhevingen i Rådsforordningen, og bygger på en forutsetning om at det foreligger et desentralisert håndhevingsregime.<sup>34</sup> Det er derfor hensiktsmessig med en presentasjon av det offentlige håndhevingsregimet av EU/EØS-konkurranseretten og utfordringene i to-pilarstrukturen for å forstå betydningen og rekkevidden av artikkel 9 hvor virkningen som oppstilles nettopp baseres på at det foreligger et administrativt vedtak fra konkurransemyndigheten.

---

<sup>31</sup> Se fortalens 7. og 9. bemerkning.

<sup>32</sup> Se også fortalens 6. bemerkning (egen kursivering).

<sup>33</sup> Jf. fortalens 2. bemerkning.

<sup>34</sup> Jf. forutsetningsvis fortalens 2, 15, 30 og 34 bemerkning.

## 2.4 Offentlig håndheving etter Rådsforordning 1/2003

### 2.4.1 Bakgrunnen for Direktivet artikkel 9 - parallell håndhevingskompetanse

Grunnet prinsipiell uenighet om felles EØS-institusjoner ble det ved inngåelsen av EØS-avtalen opprettet et særegent institusjonelt rammeverk i to pilarer for kontroll og håndheving av EØS-retten.<sup>35</sup> Begrepet «to-pilarsystem» referer dermed til at EØS-samarbeidet er organisert i to separate pilarer, EU-pilaren og EFTA-pilaren, som har egne uavhengige kontroll- og tvisteløsningsorganer for EØS-retten.<sup>36</sup> Den offentlige håndhevingen av EØS-retten er på denne måten delt mellom EU- og EFTA-pilaren, hvor det i utgangspunktet ikke foreligger noe formelt under-/overordningsforhold.<sup>37</sup>

EØS-konkurransereglene skiller seg ut fra den øvrige EØS-retten, som i utgangspunktet håndheves nasjonalt, ved at Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan har kompetanse til å håndheve EØS-konkurranseretten *direkte* overfor private rettssubjekter.<sup>38</sup> Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan har omfattende etterforsknings- og sanksjonsfullmakter direkte overfor foretak i de ulike medlemsstatene, og kan gi påbud om opphør, ilegge overtredelsesgebyr og tilsagnsvedtak.

Det var først ved Ministerrådets vedtak av Rådsforordning 1/2003 at håndhevingssystemet av EU-konkurranseretten ble desentralisert til nasjonale konkurransemyndigheter. Rådsforordningen innebar en vesentlig modernisering i forhold til det sterkt sentraliserte og ressurskrevende håndhevingssystemet under Rådsforordning 17/62.<sup>39</sup> Et av de sentrale formålene ved Rådsforordning 1/2003 var å flytte deler av håndhevingen fra Kommisjonen til nasjonale konkurransemyndigheter, slik at Kommisjonen kunne prioritere de mest konkurranseskadelige sakene. Desentraliseringen av den offentlige håndhevingen ga dermed nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler i medlemsstatene full kompetanse, men også plikt, til å håndheve forbudsreglene i artikkel 101 og 102 TFEU. Rådsforordningen la dermed opp til en fleksibel kombinasjon av nasjonal og overnasjonal kontroll med EU-konkurranseretten.<sup>40</sup>

Ettersom konseptet om parallell håndhevingskompetanse mellom de overnasjonale og nasjonale konkurransemyndighetene førte til en risiko for motstridende avgjørelser og inkonsekvent anvendelse av forbudsreglene, etablerte Rådsforordningen omfattende samarbeidsmekanismer mellom Kommisjonen, nasjonale konkurransemyndigheter og nasjonale domstoler.<sup>41</sup> En av bestemmelsene som skulle hindre slike tilfeller av motstrid er Rådsforordningens artikkel 16.<sup>42</sup> Bestemmelsen fastsetter at nasjonale domstoler og konkurransemyndigheter "cannot take decisions running counter to the decision adopted by

---

<sup>35</sup> Fredriksen og Mathisen, side 189.

<sup>36</sup> Meld. St. 5 (2012-2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU, se punkt 5.3.3.

<sup>37</sup> Fredriksen og Mathisen, side 109.

<sup>38</sup> Fredriksen og Mathisen, side 171.

<sup>39</sup> EEC Council: Regulation No 17: First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty OJ 013 , 21/02/1962 P. 0204 – 0211.

<sup>40</sup> Fredriksen og Mathisen, side 174.

<sup>41</sup> jf. særlig Rådsforordningens artikkel 11, 15, 16 og fortalens 21. bemerkning. Se også Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, (2004/C 101/03).

<sup>42</sup> Se fortalens 22. bemerkning.

the Commission".<sup>43</sup> Artikkel 9 i Håndhevingsdirektivet er modellert etter artikkel 16, og bakgrunnen for artikkel 16 er dermed relevant for å forstå årsaken bak Direktivets nye regulering av forholdet mellom nasjonale konkurransemyndigheters vedtak og nasjonale domstolars avgjørelser.<sup>44</sup>

Artikkel 16 er basert på en forpliktelse til «sincere cooperation» hvor nasjonale domstoler, Kommisjonen og EUs domstoler handler i henhold til den rolle de er tildelt i traktaten.<sup>45</sup> Den offentligrettslige gyldighetsprøvingen av Kommisjonens vedtak er forbeholdt EU-domstolene.<sup>46</sup> Ettersom nasjonale domstoler ikke har kompetanse til å overprøve gyldigheten av Kommisjonens vedtak, innebærer Artikkel 16 i den sammenheng at nasjonale domstoler heller ikke kan fatte vedtak som *reelt sett* innebærer en tilsidesettelse av Kommisjonens vedtak. Slike motstridende avgjørelser, hvor det Kommisjonens bindende vedtak i realiteten settes til side av nasjonale domstoler, vil generelt svekke rettsikkerheten og hensynet til ensartet anvendelse. Regelen om at de nasjonale domstoler ikke kan treffe avgjørelser som strider imot en avgjørelse truffet av Kommisjonen, er dermed et «specific expression of the divisions of powers» mellom nasjonale domstoler og Kommisjonen og EU-domstolene.<sup>47</sup> Et behov for en slik samordning for å unngå motstridende avgjørelser ved håndheving av ulike organer kan også ha overføringsverdi til forholdet mellom nasjonale konkurransemyndigheters offentligrettslige håndheving og nasjonale domstolars private håndheving. Forholdet mellom Rådsforordningens artikkel 16 og Håndhevingsdirektivets artikkel 9 behandles nærmere i kapittel 3.

Fortalen til Rådsforordning 1/2003 anerkjenner at privat håndhevelse har en «essential part to play» som et komplement til den offentlige håndhevingen, og presiserer at samarbeidsmekanismene oppstilt i Rådsforordningen er relevante for alle nasjonale domstoler som anvender artikkel 101 og 102 «whether applying these rules in *lawsuits between private parties*, acting as public enforcers or as review courts.»<sup>48</sup> Desentraliseringen av håndhevingen bidro dermed til å forsterke nasjonale domstolars rolle for tolkningen og anvendelsen av forbudsreglene i *offentligrettslige* saker som anke-domstoler, som samtidig førte til at domstolene ble bedre utstyrt for *privatrettslige* søksmål.<sup>49</sup>

Ved at Rådsforordningen bidro til å koordinere samspillet mellom den offentlige og private håndhevingen, la Rådsforordningen grunnlaget for arbeidet med Håndhevingsdirektivet.

---

<sup>43</sup> Rådsforordning 1/2003 artikkel 16 nr. 1 er inntatt i ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 16 nr. 1 og gjennomført i norsk rett i EØS-konkurranseloven § 8.

<sup>44</sup> Dette vil bli grundigere behandlet i kapitel 3.3.3.

<sup>45</sup> jf. Sak C-199/11 *Otis and Others* EU:C:2012:684 avsnitt 52.

<sup>46</sup> jf. Sak C-314/85 *Foto-Frost* [1987] ECR 4199, avsnitt 12-20.

<sup>47</sup> *Otis* avsnitt 54.

<sup>48</sup> jf. fortalens 7. og 21. bemerkning.

<sup>49</sup> Jf. Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, EUT C 101 av 27.4.2004, s. 54. Se også ESAs kunngjøring om samarbeid mellom EFTAs overvåkningsorgan og domstolene i EFTA-statene i forbindelse med anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, EØS-tillegget til EUT nr. 62 av 14.12.2006, s. 21.

Direktivet videreutvikler og bygger på Rådsforordningens system, for derved ytterligere å optimalisere forholdet mellom privat og offentlig håndheving.<sup>50</sup>

#### 2.4.2 Utfordringer ved desentraliseringen av konkurransehåndheving

Systemet med desentralisering av håndhevingskompetansen i Rådsforordning 1/2003 ble imidlertid, på grunn av politisk motstand i EU, ikke gjennomført i EØS-avtalen.<sup>51</sup> Kommisjonens posisjon var at EØS-avtalens artikkel 55 og 56 stengte for en slik desentralisering av håndhevingskompetansen for artikkel 53 og 54.

Artikkel 55 regulerer at Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan skal sikre anvendelse av de prinsipper som er fastlagt i artikkel 53 og 54, mens artikkel 56 fordeler kompetansen for ulike saker mellom overvåkningsorganene. Kommisjonen mente at bestemmelsene må tolkes slik at håndhevingskompetansen av artikkel 53 og 54 eksklusivt er tildelt Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan.<sup>52</sup> Kommisjonen konkluderte dermed med at bestemmelsene i Rådsforordning 1/2003 ikke var EØS-relevante.

Dette fører til at det må trekkes et skille mellom EU-pilaren og EFTA-pilaren. En slik delvis gjennomføringen av Rådsforordningen i EØS-avtalen har dermed ført til flere mindre ulikheter mellom EU-retten og EØS-avtalen for systemet for håndheving av konkurransereglene.

Ettersom det ikke ble etablert et system på EØS-nivå med desentralisert håndheving av EØS-avtalens artikler 53 og 54, ble heller ikke de mekanismene som legger til rette for et system med desentralisert håndheving tatt inn. Med andre ord ble bestemmelsene som regulerer nasjonale konkurransemyndigheters og domstolars rolle, bestemmelser om det horisontale samarbeidet mellom nasjonale konkurransemyndigheter og Kommisjonen (the European Competition Network<sup>53</sup>), samt ordningen som skal sikre at nasjonale myndigheter anvender konkurransereglene på en ensartet måte, ikke tatt inn i EØS-avtalen.<sup>54</sup>

Rådsforordning 1/2003 er riktignok tatt inn i EØS-avtalen i sin helhet, men uten en materiell tilpasning av artikkel 101 og 102 til anvendelse av artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen.<sup>55</sup> Rådsforordningen regulerer dermed kun bestemmelser om desentralisert håndheving ved anvendelsen av artikkel 101 og 102 TFEU. Det foreligger ingen automatisk tilpasning til anvendelsen av EØS-avtalens tilsvarende forbudsregler i artikkel 53 og 54 selv om en rettsakt om anvendelsen av artikkel 101 og 102 TFEU blir inntatt i EØS-avtalen. Poenget med å innta hele rettsakten i EØS-avtalen, når den ikke får anvendelse for EØS-retten, er ikke helt lett å se.

---

<sup>50</sup> Jf. Direktivets artikkel 1 nr. 2.

<sup>51</sup> EØS-komiteens beslutning 130/2004 av 24. september 2004

<sup>52</sup> Harald Evensen og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven – med kommentarer* (2009) Gyldendal Norsk forlag.

<sup>53</sup> Se Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, (2004/C 101/03). EFTA-statene har etablert et system for samarbeid mellom ESA og nasjonale konkurransemyndigheter (EFTA Competition Network) etter modell av tilsvarende samarbeid innen EU, the European Competition Network.

<sup>54</sup> Se blant annet Ot.prp nr. 6 (2003-2004) s. 199.

<sup>55</sup> Partene inntok en revisjonsklausul om at de skulle ta opp spørsmålet om innta bestemmelsene om desentralisert håndheving i EØS-avtalen, men dette er ikke fulgt opp. EØS-komiteens beslutning 130/2004 av 24. september 2004 om å innta Rådsforordning 1/2003 i EØS-avtalen, protokoll 21 gjennom vedlegg II, punkt 4.

Etter EØS-avtalen er det altså bare Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan som håndhever artikkel 53 og 54. EFTA-pilaren har derimot frivillig etablert et eget tilsvarende system for desentralisert håndheving av artikkel 53 og 54 som bare gjelder for EFTA-siden i EØS-avtalen.<sup>56</sup> Gjennom denne frivillige tilføyelsen fikk nasjonale konkurransemyndigheter i EFTA-EØS statene ensidig kompetanse til å anvende artikkel 53 og 54. Kommisjonen har hittil ikke protestert på dette. EFTA-EØS statenes konkurransemyndigheter vil kun ha kompetanse til å håndheve EØS-avtalens art. 53 og 54 dersom ESA er kompetent håndhevingsorgan etter EØS-avtalens art. 56.<sup>57</sup>

Reglene for den nasjonale håndhevingen i EFTA-pilaren er tilnærmet identiske reglene i Rådsforordning 1/2003 om desentralisert håndheving av art. 101 og 102 TFEU i EU, med unntak av de nødvendige tilpasninger til EFTA-pilarens institusjoner. EFTA-pilarens *frivillige* gjennomføring kan imidlertid tenkes å få betydning for tolkningen av de inntatte bestemmelsene fra Rådsforordning 1/2003, og hvorvidt EFTA-pilaren skal tolke bestemmelsen i samsvar med praksis fra EU-domstolen om tilsvarende bestemmelser. En nærmere vurdering av dette faller imidlertid utenfor avhandlingens tema, men påpekes for å synliggjøre den særskilte problematikken knyttet til ulikhetene mellom pilarene i systemet for desentralisert håndheving. Det er ikke avklart hvordan EFTA-pilarens frivillige harmonisering harmoniserer med Kommisjonens forståelse av EØS-avtalens artikler 55 og 56.

Den offentlige håndheving av EØS-konkurranseretten foretas dermed i EFTA-pilaren både på nasjonalt og overnasjonalt nivå, mens i EU-pilaren er det kun Kommisjonen som har kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54. Forskjellene mellom pilarene har tilsynelatende spilt liten praktisk rolle i tiden som har gått, men innføringen av det nye Direktivet vil imidlertid føre disse ulikhetene i to-pilarsystemet tilbake på agendaen. Et aktuelt spørsmål er om skillet mellom EU-pilaren og EFTA-pilaren ved systemet for desentralisert håndheving kan få større praktisk og politisk betydning for Direktivets EØS-relevans og særlig gjennomføringen av Direktivet i EFTA-pilaren.

## 2.5 Innlemmelse av Håndhevingsdirektivet i EØS-avtalen

EØS-komiteen skal nå vurdere innlemmelse av Håndhevingsdirektivet i EØS-avtalen. Spørsmålet om EØS-relevansen av Direktivet er fortsatt uavklart per 1. juni 2015. Spørsmålet om Direktivet kan eller skal innlemmes i EØS-avtalen er avgjørende for Direktivets betydning for norsk rett og for utviklingen av EØS-retten i samsvar med EU-retten.

Hvorvidt Direktivet kan eller skal innlemmes i EØS-avtalen beror på en toleddet vurdering. For det første må det avklares om Direktivet er EØS-relevant. Det er i utgangspunktet et rettslig tolkningsspørsmål om den foreslåtte rettsakten etter sitt innhold faller innenfor EØS-avtalens materielle dekningsområde, slik dette er definert i EØS-avtalens hoveddel, vedlegg og protokoller. Dersom Direktivet er EØS-relevant, må det deretter avklares om rettsakten etter

---

<sup>56</sup> Avtale av 24. september 2004 mellom EFTA-statene om endringer av overvåknings- og domstolsavtalen: <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Protocol-4-on-the-functions-and-powers-of-the-EFTA.pdf>

<sup>57</sup> Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 247.

sitt innhold kan innlemmes i EØS-avtalen slik den er, eller om det er behov for tilpasninger. En slik vurdering vil måtte basere seg på faglige, politiske og institusjonelle hensyn.<sup>58</sup>

De materielle konkurransereglene inntatt i EØS-avtalens artikkel 53 og 54 er en sentral del av EØS-avtalen og realiseringen av det indre markedet. Tradisjonelt har konkurranserettens *håndhevingsregler* imidlertid ikke vært harmoniserte.

Vedrørende EFTA-statenes standpunkt til EØS-relevansen av Direktivet har det vært tvil om i hvilken grad de sivilprosessuelle bestemmelsene i Direktivet er EØS-relevante. Prosessregler har tradisjonelt vært ansett for å være et grunnleggende nasjonalt anliggende, og ikke som en del av EØS-avtalen. EFTA-statenes faste komité understreket i EØS-EFTA kommentaren til det endelige direktivforslaget at «*The EEA EFTA States would, however strongly underline that provisions on civil procedure are, in general, not EEA relevant and fall outside the scope of the EEA Agreement*».<sup>59</sup>

Det kan spørres om det er fruktbart å operere med et teoretisk skille mellom prosessuelle og materielle regler når man skal gjennomføre operative regelverk i EØS-avtalen. Skillet mellom prosessuelle og materielle regler kan være uklart selv internt i norsk rett.<sup>60</sup> Den nasjonale rubriseringen kan i tillegg variere fra land til land. Materielle og prosessuelle regler vil også kunne være vevet sammen på en slik måte at det ikke er mulig å skille det ene fra det andre, noe Direktivet for så vidt illustrerer. De privat- og prosessrettslige bestemmelsene Direktivet oppstiller, har en viktig slagside mot den materielle konkurranseretten. EØS-avtalens formål om like regler og konkurransevilkår på et felles marked forutsetter at de prosessuelle reglene for håndheving av rettighetene som oppstilles i EU, som hovedregel må få gjelde tilsvarende i EFTA-pilaren og EØS-retten.<sup>61</sup> Det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet, lojalitetsprinsippet inntatt i EØS avtalens artikkel 3 samt homogenitetsmålsetningen tilsier også at de prosessuelle bestemmelsene må inntas for å sikre EØS-retten effektivt gjennomslag i nasjonal rett.<sup>62</sup>

Uavhengig av hva man måtte mene om skillet materielle og prosessuelle regler som EØS-rettslig avgrensingskriterium, har det neppe avgjørende betydning for om Direktivet inntas i EØS-avtalen. Nærings- og fiskeridepartementet har nemlig gitt uttrykk for at det er *politisk ønskelig* å innlemme Direktivet i EØS-avtalen.<sup>63</sup> Dette vil i seg selv kunne bidra til å begrense betydningen av skillet mellom materielle og prosessuelle regler ytterligere, ettersom statens

---

<sup>58</sup> Meld. St. 5 (2012-2013) *EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU*, se punkt 5.3.1.

<sup>59</sup> Standing Committee of the EFTA states, "*EEA EFTA Comment on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*", 13. November 2013 jf. også «Norske kommentarer til Kommisjonens hvitbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktaten» 26.5.2008.

<sup>60</sup> Se f.eks. Bergsåker, "Hva er foreldelse", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2011 s. 362-418.

<sup>61</sup> Se Fredriksen, Halvard Haukeland, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2008 s. 352

<sup>62</sup> Se Fredriksen; Halvard Haukeland og Franklin, Christian K, «Of Pragmatism and Principles – The EEA Agreement 20 Years On», (2015) 52 *Common Law Market Review* 2015, Issue 3, pp. 629-684.

<sup>63</sup> Næringsminister Monica Mæland i sitt innlegg for Europautvalget 12. mars 2005, indirekte i Hjelmeng-utredningens mandat, og etter uformell samtale med Nils-Ola Widme, avdelingsdirektør konkurransepolitisk avdeling, og Eirik Wold Sandaa, seniorrådgiver, i Nærings- og fiskeridepartementet 30. april.

holdning kan skape presedens for spørsmålet om EØS-relevansen til fremtidige prosessuelle rettsakter.

Hva angår Kommisjonens standpunkt til EØS-relevansen av Direktivet, er spenningen knyttet til Direktivets forutsetning om at det foreligger et desentralisert håndhevingsystem av konkurransereglene. Kommisjonens standpunkt ved vurderingen av EØS-relevansen av Rådsforordning 1/2003, var som nevnt under punkt 2.4.2, at EØS-avtalens artikkel 56 stengte for desentralisert håndheving av EØS-avtalens artikler 53 og 54. Det reiser seg dermed et spørsmål om skillet mellom EU-pilaren og EFTA-pilaren ved systemet for desentralisert håndheving har betydning for Direktivets EØS-relevans.

Som nevnt er Håndhevingsdirektivet en videreføring av moderniseringen av konkurransehåndhevingen i Rådsforordning 1/2003, og bygger på en forutsetning om at det foreligger et desentralisert håndhevingsregime.<sup>64</sup> Et av formålene med Direktivet er nettopp å koordinere og optimalisere samspillet mellom privat håndheving og den offentlige håndheving basert på Rådsforordning 1/2003.<sup>65</sup> Mesteparten av Direktivets bestemmelser, blant annet om dokumentinnsyn i konkurransemyndigheters saksmapper, vern av lempningssøkere og virkningen av konkurransemyndigheters vedtak, forutsetter at nasjonale konkurransemyndigheter har kompetanse til å håndheve forbudsreglene. Særlig artikkel 9 forutsetter at nasjonale konkurransemyndigheter håndhever og rapporterer til Kommisjonen, og at Kommisjonen kan gripe inn eller gi veiledning innenfor rammeverket til «the European Competition Network».<sup>66</sup> Direktivet forutsetter og er derfor avhengig av at håndhevingskompetansen i EØS-retten er desentralisert.<sup>67</sup>

Dersom Kommisjonen holder fast ved sin posisjon fra 2004 om at EØS-avtalens artikkel 56 stenger for at nasjonale konkurransemyndigheter i EØS-statene gis kompetanse til å anvende artikkel 53 og 54, er det naturlig at Kommisjonen kommer til at Direktivet ikke er EØS-relevant for de bestemmelser som forutsetter et desentralisert håndhevingsystem. Forskjellen mellom EU og EØS kan dermed bli større dersom Kommisjonen opprettholder standpunktet og dette får betydning for Direktivet og nye rettsakter.<sup>68</sup> Direktivet er imidlertid fra EU-lovgivers side identifisert som «text with EEA relevance». Et vedtak i EØS-komiteen om innlemmelse av Direktivet vil dermed kunne tolkes som en form for aksept til EFTA-statenes desentraliserte håndhevingsregime av artikkel 53 og 54.

Ettersom EFTA-pilaren har, om enn på eget initiativ, etablert et desentralisert håndhevingsregime av art 53 og 54, samtidig som EU har et desentralisert håndhevingsregime kun for art. 101 og 102 TFEU, er forutsetningene for at Direktivet kan gjennomføres i praksis oppfylt. Det gjenstår å se hva Kommisjonen lander på.

Forutsatt at Direktivet i sin helhet anses EØS-relevant, er flere tilpasninger nødvendige før Direktivet kan gjøres til del av EØS-retten. Direktivteksten gjelder direkte brudd på artikkel

---

<sup>64</sup> jf. artikkel 1 nr. 2.

<sup>65</sup> Se Direktivets artikkel 1 nr. 2 og fortalens 6. bemerkning.

<sup>66</sup> jf. fortalens 34. bemerkning og Rådsforordning 1/2003 artikkel 11.

<sup>67</sup> jf. fortalens 2. bemerkning.

<sup>68</sup> Næringsminister Monica Mæland i sitt innlegg for Europautvalget 12. mars 2015.

101 og 102 TFEU, som er innholdsmessig like EØS-avtalens artikkel 53 og 54. For at Direktivet skal få anvendelse med virkning for EØS-retten må det foretas materielle tilpasningstekster.

Flere av Direktivets bestemmelser har en såkalt «cross pillar» problemstilling. Det vil si at bestemmelsene regulerer tilfellet hvor erstatningskravet er påvirket av noe som har skjedd administrativt i en annen EØS-stat. Særlig adgang til dokumentinnsyn hos foretak og konkurransemyndigheter i andre EØS-stater, og virkningen av vedtak fra andre EØS-staters konkurransemyndigheter har en «cross-pillar» effekt. I forbindelse med avhandlingens problemstilling om innholdet og rekkevidden av Artikkel 9, er «cross-pillar»-dimensjonen relevant for hvilken virkning bestemmelsen vil få ved innlemmelse. Artikkel 9 nr. 2, som vil behandles nærmere i kapittel 3, oppstiller en grenseoverskridende *bevisvirkning* for vedtak av EØS-statenes konkurransemyndigheter i hele EU/EØS. For at artikkel 9 nr. 2 skal få anvendelse i hele EØS er det dermed avgjørende at bevisvirkningen av konkurransemyndighetenes vedtak skal gjelde gjensidig på tvers av pilaren. Med andre ord betyr dette at vedtak fra konkurransemyndigheter i EFTA-pilaren etter artikkel 53 og 54 får samme virkning i EU-medlemslandene, som vedtak fra EU-medlemslandenes konkurransemyndigheter vedrørende artikkel 101 og 102 i EFTA-pilaren. En tilpasningstekst som dermed oppstiller at vedtak etter artikkel 53 og 54 eller artikkel 101 og 102 skal få gjensidig anerkjennelse og virkning på tvers av pilaren, vil være en alternativ løsning for å gjennomføre artikkel 9 nr. 2 i EØS-retten.



### 3 VIRKNINGEN AV NASJONALE KONKURRANSEMYNDIGHETERS VEDTAK FOR ETTERFØLGENDE ERSTATNINGSSØKSMÅL

#### 3.1 Innledning

Artikkel 9 regulerer virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters administrative vedtak for etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonalstatens domstoler eller andre medlemsstaters domstoler. Bestemmelsen lyder:

*“1. Member States shall ensure that an infringement of competition law found by a final decision of a national competition authority or by a review court is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before their national courts under Article 101 or 102 TFEU or under national competition law.*

*2. Member States shall ensure that where a final decision referred to in paragraph 1 is taken in another Member State, that final decision may, in accordance with national law, be presented before their national courts as at least prima facie evidence that an infringement of competition law has occurred and, as appropriate, may be assessed along with any other evidence adduced by the parties.*

*3. This Article is without prejudice to the rights and obligations of national courts under Article 267 TFEU.”<sup>69</sup>*

Artikkel 9 nr. 1 regulerer virkningen av konkurransemyndighetens vedtak i samme nasjonalstat, mens artikkel 9 nr. 2 regulerer virkningen av utenlandske konkurransemyndigheters vedtak. Artikkel 9 nr. 3 oppstiller et forbehold om at bestemmelsen ikke påvirker nasjonale domstolars rett og eventuelle plikt til å forelegge tolkningsspørsmål til EU-domstolen. I dette kapittelet skal jeg redegjøre for artikkel 9 nr. 1, mens artikkel 9 nr. 2 og nr. 3 vil behandles i kapittel 4 og 5. Det er imidlertid hensiktsmessig å først presentere hvordan rettstilstanden er i norsk rett i dag.

#### 3.2 Utgangspunktet etter norsk rett i dag

I et erstatningssøksmål basert på brudd på konkurransereglene er culpa-ansvaret det aktuelle ansvarsgrunnlaget i norsk rett.<sup>70</sup> Tap grunnet brudd på konkurransereglene er en ved normen beskyttet interesse, slik at det er selve bruddet på forbudsreglene som er uaktsomt.<sup>71</sup> Spørsmålet er hvordan norske domstoler forholder seg til et forutgående vedtak fra Konkurransetilsynet som konstaterer at det foreligger en overtredelse, ved vurderingen av ansvarsgrunnlaget i et erstatningssøksmål.

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk rett at forvaltningens avgjørelser som hovedregel ikke er bindende for domstolene.<sup>72</sup> Domstolens mulighet til å overprøve forvaltningens rettsanvendelse er en viktig rettsikkerhetsgaranti, og en forutsetning for prinsippet om domstolenes uavhengighet. Utgangspunktet er dermed at domstolene ikke er bundet av

---

<sup>69</sup> Egen understrekning.

<sup>70</sup> Kolstad mfl, side 177.

<sup>71</sup> Se *Courage*-saken og Kolstad mfl. side 161.

<sup>72</sup> jf Schei mfl. Tvisteloven Kommentartutgave bind I, 2. utgave, (2013) note 3.1 til § 19-15.

Konkurransetilsynets vedtak, hvis ikke særlige regler tilsier at overprøving er avskåret.<sup>73</sup> Slike regler finnes ikke etter dagens regelverk for Konkurransetilsynets vedtak. Et forutgående vedtak fra Konkurransetilsynet om overtredelse vil dermed kun inngå som et moment i domstolens frie bevisvurdering i den etterfølgende erstatningssaken, hvor domstolen selvstendig må ta stilling til spørsmålet om ansvarsgrunnlag.

Selv dersom vedtakets gyldighet blir utfordret og oppretthold ved rettskraftig dom, vil det ikke medføre *rettskraftsvirkning* for et etterfølgende erstatningssøksmål. Den rettskraftige dommen vil ha betydelig bevisvirkning, men domstolen som behandler erstatningssøksmålet er likevel nødt til å ta hensyn til motbevis. Skadelidte kan dermed ikke støtte seg på et vedtak om overtredelse for å etablere et ansvarsgrunnlag.<sup>74</sup> Domstolen vil dermed realitetsbehandle de faktiske omstendigheter og de rettslige spørsmålene som Konkurransetilsynet og anke-domstolen allerede har vurdert, og kan komme til et annet resultat. Det er nettopp dette Direktivets artikkel 9 forsøker å motvirke.

Reguleringen av virkningen av nasjonale konkurransemyndigheters vedtak i Artikkel 9 reiser imidlertid spørsmål om domstolenes uavhengighet og prinsippet om fri bevisbedømmelse. Det var uenighet om utformingen av Artikkel 9 ettersom bestemmelsen legger bindinger på nasjonale domstolers behandling.<sup>75</sup> Bestemmelsen ble kritisert for å blande forvaltningens kompetanse med domstolens kompetanse, og dermed "turning Europe's courts to mere damages calculators who play no creative part in the enforcement of competition law."<sup>76</sup> En sentral problemstilling i den sammenheng er i hvilken utstrekning nasjonale domstoler fratas sin kompetanse i enkelte spørsmål som etter gjeldende rett ellers ville høre inn under dem. Det nærmere innholdet i artikkel 9 må dermed klarlegges.

### 3.3 Direktivets krav etter Artikkel 9 nr. 1

#### 3.3.1 Innhold og rekkevidde

Artikkel 9 nr. 1 krever at

*"an infringement of competition law found by a final decision of a national competition authority or by a review court is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before their national courts under Article 101 or 102 TFEU or under national competition law."*

Bestemmelsen oppstiller tre vilkår som må være oppfylt for at virkningen skal inntre; For det første må erstatningssøksmål være basert på overtredelse av «Article 101 or 102 TFEU or under national competition law», som definert ovenfor i kapittel 2.3. Direktivets bestemmelse skal altså få anvendelse på erstatningssaker basert på overtredelse av 101 og 102 TFEU, og

---

<sup>73</sup> jf. Anne Robberstad, «Rettskraft», Fagbokforlaget (2006) side 94.

<sup>74</sup> jf. Kolstad mfl. side 161.

<sup>75</sup> Arbeidsdokumentet punkt 134.

<sup>76</sup> Assimakis P Komninos, «Public and private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?», The Competition Law Review, (2006) Volum 3, Issue 1 pp 5-26.

saker etter nasjonal rett der samhandelskriteriet om at saken "*may affect trade*" over landegrensene er oppfylt.<sup>77</sup>

For det andre må det foreligge en «final decision» av nasjonale konkurransemyndigheter eller en ankedomstol. En «final infringement decision» er definert i artikkel 2 nr. 12 som «an infringement decision that cannot be, or that can no longer be, appealed by ordinary means». En slik endelig avgjørelse foreligger dermed når fristen for å kreve overprøving er gått ut, eller når ankedomstolen har opprettholdt vedtaket ved rettskraftig dom.

For det tredje må vedtaket gjelde «an infringement of competition law». Ordlyden tilsier at det må foreligge et vedtak som konstaterer at det foreligger en overtredelse av forbudsreglene. Bestemmelsens omfang avgrenses dermed av hvilke *type* vedtak som konstaterer overtredelse.

Hvilken type vedtak en konkurransemyndighet kan ta ved anvendelsen av forbudsreglene er uttømmende oppramset i artikkel 5 i Rådsforordning 1/2003 for EU-pilaren og tilsvarende artikkel 5 inntatt i ODA protokoll 4, kapittel II for EFTA-pilaren. Artikkel 5 angir at konkurransemyndigheten kan fatte vedtak om stansing, tilsagn, midlertidige forføyninger og vedtak om overtredelsesgebyr. For å fatte et vedtak om stansing eller om overtredelsesgebyr må det *positivt* konstateres at det foreligger en overtredelse. Tilsagnsvedtak eller forføyninger innebærer derimot ikke at konkurransemyndigheten konkluderer på spørsmålet om overtredelse. Ordlyden tilsier dermed at artikkel 9 kun kommer til anvendelse for de førstnevnte vedtakene.

Negative attester som fastslår at det etter konkurransemyndighetenes vurdering *ikke* foreligger en overtredelse, er ikke nevnt i den uttømmende oppramsing av konkurransemyndighetenes vedtakskompetanse i artikkel 5 og vil derfor heller ikke få bindende virkning etter artikkel 9.<sup>78</sup>

### 3.3.2 Irrefutably established

Dersom de tre ovennevnte vilkårene er oppfylt, skal «an infringement of competition law found by a final decision» være «irrefutably established».

Et sentralt spørsmål er hva denne virkningen innebærer. Ordlyden «irrefutably established» isolert tilsier at konstateringen av overtredelsen skal legges til grunn som bevist. Dette kommer også til uttrykk i fortalen som angir at konstateringen av overtredelse av konkurransereglene ikke skal bli "*relitigated in subsequent actions for damages (...) relating to that infringement*".<sup>79</sup>

Formålet med virkningen er «to enhance legal certainty, to avoid inconsistency in the application of Articles 101 and 102 TFEU, to increase the effectiveness and procedural efficiency of actions for damages and to foster the functioning of the internal market for

---

<sup>77</sup> Direktivets artikkel 2 nr. 3 jf. nr. 1 og Rådsforordning 1/2003 Artikkel 3(1).

<sup>78</sup> Arbeidsdokumentet pkt. 152.

<sup>79</sup> Fortalens 34 bemerkning.

undertakings and consumers".<sup>80</sup> Bestemmelsens formål er derved å lette prosessen for skadelidte ved å forhindre at spørsmålet om overtredelse som er avklart i den offentligrettslige håndhevingen, systematisk blir realitetsbehandlet på nytt i den privatrettslige håndhevingen.

En slik overlapping av den faktuelle og rettslige analysen medfører vesentlige ekstraavgifter, forlenger varigheten av erstatningssøksmålet og utgjør et usikkerhetsmoment for skadelidte.<sup>81</sup> Formålet tilsier dermed at Domstolen skal være avskåret fra å vurdere spørsmålet om overtredelse i en etterfølgende erstatningssak, dersom konkurransemyndigheten eller en anke-domstol i samme stat har fastslått at det foreligger en overtredelse av forbudsreglene i et endelig vedtak for det konkrete saksforholdet.<sup>82</sup>

Et spørsmål er om konstateringen av «an infringement of competition law» innebærer at både bevisvurderingen og rettsanvendelsen er ugjendrivelig avgjort. Ordlyden «infringement of competition law... found by» tilsier at det i utgangspunktet er det konkrete vedtakets konklusjon – dets operative del – som skal legges til grunn. Resultatet beror på en subsumsjon av de ferdig tolkede rettsreglene på faktum. Dette trekker i retning av at både den faktiske og rettslige analysen for konstateringen av overtredelsen må være endelig avgjort.

En slik forståelse samsvarer med Direktivets formål om å "*enhance legal certainty*" for slike etterfølgende erstatningssøksmål etter konstaterte overtredelser, og å "*avoid inconsistency in the application of Articles 101 and 102 TFEU*" når det gjelder samme sakskompleks. At rettsanvendelsen er ugjendrivelig avgjort kan imidlertid ikke forstås slik at den generelle rettsforståelsen får bindende virkninger, men kun at den rettslige analysen for det aktuelle vedtaket er endelig avgjort for det konkrete sakskomplekset.<sup>83</sup>

Rekkevidden av virkningen avgrenses nærmere i fortalen; «The effect of the finding should, however, cover only the nature of the infringement and its material, personal, temporal and territorial scope as determined by the competition authority or review court in the exercise of its jurisdiction»<sup>84</sup>

Overtredelsens personelle omfang tilsier at virkningen kun gjør seg gjeldende overfor de samme parter som er adressater for konkurransemyndighetenes vedtak. Skadelidte er derimot normalt ikke part i Konkurransetilsynets vedtak. Kommisjonens arbeidsdokument til Hvitboken uttaler i den sammenheng at

"Identity of all parties of the civil proceedings with those of the administrative proceedings (as in the *res iudicata* rule) can naturally not be required for a binding

---

<sup>80</sup> *ibid.*

<sup>81</sup> jf. fortalens 9. bemerkning.

<sup>82</sup> jf. også fortalens 34. bemerkning.

<sup>83</sup> Dette er også lagt til grunn i lovavdelingens tolkningsuttalelse til artikkel 16 i Rådsforordning 1/2003 som gjennomgås i punkt 3.3.3.

<sup>84</sup> jf. fortalens 34. bemerkning.

effect of NCA decisions, because the claimants in the civil proceedings are not, or at least not necessarily, a party or participant in the proceedings before the NCA.”<sup>85</sup>

Med andre ord må saksøkte i den etterfølgende erstatningssaken bare være en av de partene konkurransemyndighetenes vedtak retter seg mot, for at vedtaket skal få den foreskrevde virkningen. Den skadelidte saksøkeren i erstatningssøksmål trenger ikke å ha vært part i konkurransemyndighetens vedtak.<sup>86</sup>

Videre tilsier fortalens presisering av rekkevidden at den bindende virkningen er begrenset til overtredelsens art, og dets materielle, tidsmessige og territoriale rekkevidde. Erstatningskravet må dermed være basert på et identisk saksforhold – det samme produktmarked, geografiske marked og tidsaspekt – som konkurransemyndigheten eller ankeinstansen har tatt endelig stilling til, for at konstateringen av overtredelse skal legges til grunn i den etterfølgende erstatningssaken.

Bestemmelsen vil i denne sammenheng føre til flere tolkningsspørsmål med hensyn til rekkevidden av bevisemaene som skal legges til grunn av domstolen i erstatningssaken. Med andre ord hvorvidt erstatningskravet er basert på samme overtredelse som avgjort av konkurransemyndigheten. Dette er problemstillinger som de nasjonale domstolene vil være kjent med fra avgjørelser om rettskraft og vurderinger av rekkevidden av tidligere domsavgjørrelser.<sup>87</sup>

Det er imidlertid uklart om og i så fall hvordan den bindende virkning skal påvirke de øvrige vurderingene i erstatningssøksmålet. Et overtredelsesvedtak kan inneholde nyttige fakta og økonomiske vurderinger, herunder for eksempel konklusjoner om effekt på handelen, dominans eller formålsmessige virkninger som saksøker vil søke å basere seg på blant annet ved kvantifiseringen av tapet i det etterfølgende erstatningssøksmålet. Formuleringen i artikkel 9 synes ikke å gi et klart svar på om den bindende virkningen kun gjelder konklusjonen eller hele innholdet. Med andre ord hvorvidt vurderingene av de faktiske og rettslige omstendighetene også skal legges til grunn som bevis der de samme bevisfakta og momenter har relevans for den øvrige vurderingen i erstatningssøksmålet. Ettersom ordlyden og fortalen er taus om den videre rekkevidden, må det sees hen til om hvorvidt andre rettskilder kan være relevante for å nærmere presisere virkningen.

- 3.3.3 Virkningen av Kommisjonens og EFTAs overvåkningsorgan sine vedtak som tolkningsmoment
- Direktivets artikkel 9 er etter fortalen og forarbeidene til Direktivet modellert etter «*the Acquis communautaire*» om virkningen av Kommisjonens vedtak inntatt i artikkel 16 i Rådsforordning 1/2003.<sup>88</sup> Hvitboken angir at

«Pursuant to Article 16(1) of Regulation No 1/2003, a Commission decision relating to proceedings under Article 101 or 102 of the Treaty has a probative effect in subsequent actions for damages, as a national court cannot take decisions running

---

<sup>85</sup> Arbeidsdokumentet punkt 154 side 146.

<sup>86</sup> Sml. motsetningsvis til de offentligrettslige virkningene som fremgår av Artikkel 288 TFEU.

<sup>87</sup> Schei mfl. side 678 om identitetsspørsmålet i tvl. § 19-15(3).

<sup>88</sup> jf. Hvitbokens punkt 4.3.1, Arbeidsdokumentet punkt 135, 139-141 og indirekte fortalens 34. bemerkning

counter to such Commission decisions. It is appropriate to give final infringement decisions *by national competition authorities (or by a national review court) similar effect*».<sup>89</sup>

En viktig veiledning for å forstå innholdet i artikkel 9 kan dermed søkes i reguleringen av virkningen av Kommisjonens vedtak for etterfølgende erstatningssøksmål.<sup>90</sup> Tilsvarende bestemmelse er inntatt for virkningen av EFTAs overvåkningsorgan, hvor det følger av de norske forarbeidene til gjennomføringsbestemmelsen i EØS-konkurranseloven § 8 at «Bestemmelsen tilsvarer Rådsforordning 1/2003 artikkel 16 nr. 1, og skal forstås på samme måte som i EØS-retten».<sup>91</sup> Artikkel 16 (1) nr. 1 i Rådsforordning 1/2003 lyder som følger:

*“When national courts rule on agreements, decisions or practices under Article 81 or Article 82 of the Treaty which are already the subject of a Commission decision, they cannot take decisions running counter to the decision adopted by the Commission. They must also avoid giving decisions which would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated. To that effect, the national court may assess whether it is necessary to stay its proceedings. This obligation is without prejudice to the rights and obligations under Article 234 of the Treaty.”*

Formuleringen i Artikkel 16 nr. 1 om at nasjonale domstoler *“cannot take decisions running counter to the decision adopted by the Commission”* er en kodifisering av EU-domstolens praksis, særlig *Masterfoods*-saken, hvor EU-domstolen vurderte i hvilken grad nasjonale domstoler har plikt til å avvente forhandlingene i påvente av en anke om gyldigheten av et vedtak fra Kommisjonen om den samme overtredelsen.<sup>92</sup>

Ordlyden trekker i retning av at domstolens avgjørelser innholdsmessig ikke kan være i konflikt med en tidligere beslutning fra Kommisjonen. Dette vil variere ut i fra hvilke type vedtak Kommisjonen fatter og hvilke type vedtak den nasjonale domstolen skal fatte. I fortalen er regelen begrunnet med at *“in order to ensure compliance with the principles of legal certainty and the uniform application of the Community competition rules in a system of parallel powers, conflicting decisions must be avoided.”*<sup>93</sup> Bestemmelsen er, som nevnt i kapittel 2, en konsekvens av desentraliseringen av håndhevelsen etter Rådsforordning 1/2003. Verken artikkel 16 eller *Masterfoods* definerer imidlertid hvorvidt virkningen kun omfatter den operative delen av vedtaket eller vedtaket i sin helhet, det vil si vedtakets bevisfakta og øvrige momenter.<sup>94</sup>

---

<sup>89</sup> Hvitbokens punkt 4.3.1 (egen kursivering).

<sup>90</sup> Se også Emmanuela Truli, «White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The Binding Effect of Decisions Adopted by the Competition Authorities» 25. august 2009 (2009) side 15 punkt 3.4

<sup>91</sup> ODA protokoll 4, kapittel II, artikkel 16 nr. 1 og EØS-konkurranseloven § 8 gjennomfører prinsippene fra artikkel 16 i Rådsforordning 1/2003 som en del av systemet for desentralisert håndheving i EFTA-statene. Ot.prp nr. 6 (2003-2004) merknad til § 8 uttaler at bestemmelsen skal forstås på samme måte.

<sup>92</sup> Sak C-344/98, *Masterfoods Ltd v HD Ice Cream Ltd*, 14 desember 2000, ECLI:EU:C:2000:689, avsnitt 52.

<sup>93</sup> jf. fortalens 22. bemerkning.

<sup>94</sup> Opinion av General advokat P. Cruz Villalón av 26. juni 2012, ECLI:EU:C:2012:388, avsnitt 47.

Rekkevidden av regelen i artikkel 16 for etterfølgende erstatningssøksmål ble klargjort av EU-domstolen i *Otis* saken.<sup>95</sup> Saken gjaldt et erstatningssøksmål hvor Kommisjonen, som skadelidt, krevde erstatning for tap Union hadde lidt som et resultat av et heis- og rulletrapp-kartell. EU-domstolen klargjorde i dommen at artikkel 16 får anvendelse ved erstatningssøksmål vedrørende tap som er lidt på grunn av et kartell eller en praksis som er konstatert ulovlig i henhold til artikkel 101 i et endelig vedtak fattet av Kommisjonen.<sup>96</sup>

Domstolen fastslo at

“because of its obligation not to take decisions running counter to a Commission decision finding an infringement of Article 101 TFEU, the national court is required to *accept that a prohibited agreement or practice exists*, the existence of loss and of a direct causal link between the loss and the agreement or practice in question remains, by contrast, a matter to be assessed by the national court.”<sup>97</sup>

For erstatningssøksmål innebærer formuleringen i artikkel 16 dermed at domstolen er avskåret fra å vurdere spørsmålet om overtredelse på en annen måte enn det som følger av det tidligere vedtaket. Artikkel 16 innebærer således at Kommisjonens vedtak er bindende for den nasjonale domstolen når det gjelder eksistensen av den materielle overtredelsen, men at den nasjonale domstolen står fritt til å vurdere tap og årsakssammenheng.

Videre fastslo EU-domstolen at “...even when the Commission has in its decision determined the precise effects of the infringement, it still falls to the national court to determine individually the loss caused to each of the persons to have brought an action for damages”<sup>98</sup> Uttalelsen presiserer at selv om de presise skadevirkningene av overtredelsen er bestemt i Kommisjonens vedtak, er den nasjonale domstolen som behandler erstatningskravet ikke bundet av de faktiske eller økonomiske vurderingene med hensyn til skadevirkningen. I den privatrettslige vurderingen tilkommer det den nasjonale domstol å fastlegge det individuelle tap som er påført de skadelidte som har anlagt erstatningssøksmålet. Bevisfakta og momenter i forbindelse med virkningsanalysen eller utmålingen av et overtredelsesgebyr er etter EU-domstolens uttalelse dermed ikke omfattet av den bindende virkningen.<sup>99</sup>

Med andre ord innebærer artikkel 16 at det oppstilles en forskjell mellom de offentligrettslige virkningene av Kommisjonens vedtak, og den privatrettslige bedømmelsen den nasjonale domstolen må foreta i erstatningssøksmålet. Den *offentligrettslige* virkningen overfor overtrederen er at vedtaket er bindende i sin helhet (jf. Artikkel 288 TFEU fjerde og femte setning), mens den privatrettslige virkningen for erstatningssøksmålet vil være at kun selve konstateringen av overtredelse skal legges til grunn. Erstatningsavgjørelsen vil dermed ikke «run counter» til Kommisjonens avgjørelse selv om virkningene av overtredelsen vurderes annerledes og andre bevismomenter trekkes inn i vurderingen av økonomisk tap og årsakssammenheng.

---

<sup>95</sup> Sak C-199/11 *Otis*.

<sup>96</sup> *Otis* avsnitt 51.

<sup>97</sup> *Otis* avsnitt 65 (min kursivering).

<sup>98</sup> *Otis* avsnitt 66.

<sup>99</sup> Se for øvrig Arbeidsdokumentet, pkt. 165.

*Otis*-saken er dermed rettsavklarende for virkningen av Kommisjonens vedtak for etterfølgende erstatningssøksmål. Anvendelsesområdet til Artikkel 16 har tradisjonelt fokusert på virkningene av parallell offentligrettslig håndheving av konkurransemyndigheter eller ankeinstanser og Kommisjonen.<sup>100</sup> Hvorvidt *Otis*-saken utvider eller kun presiserer det materielle anvendelsesområdet og innholdet til artikkel 16 for erstatningssøksmål er ikke av stor betydning. *Otis*-dommen må uansett anses å være i samsvar med eksisterende prinsipper og rettspraksis fra EU-domstolen om erstatningssøksmål som privatrettslig sanksjon.<sup>101</sup>

Artikkel 16 regulerer dermed at Kommisjonens konstatering av overtredelse skal legges til grunn uten realitetsbehandling i erstatningssøksmålet basert på samme overtredelse. *Otis*-saken presiserer at bevisfakta og momenter i forbindelse med virkningsanalysen eller utmålingen i vedtaket ikke er omfattet av den bindende virkningen. Dette må få tilsvarende virkning for EFTAs overvåkningsorgan sine vedtak i etterfølgende erstatningssøksmål for EFTA-statenes nasjonale domstoler basert på overtredelser av EØS-avtalens artikkel 53 og 54.<sup>102</sup>

Spørsmålet er hvilken overføringsverdi tolkningen av Rådsforordningens artikkel 16 skal ha for rekkevidden av den bindende virkningen i Direktivet artikkel 9. Forarbeidene til artikkel 9 gir uttrykk for at virkningen er basert på reguleringen i artikkel 16. Begge bestemmelsene innebærer at resultatet i den overnasjonale eller nasjonale konkurransemyndighetens vedtak om overtredelse skal ha bindende virkning for vurderingen av ansvarsgrunnlaget i et senere erstatningssøksmål.

Ordlyden i artikkel 9 og artikkel 16 er imidlertid ulik. Artikkel 9 synes å angi en positiv plikt til å legge konstateringen av overtredelse til grunn, mens artikkel 16 derimot oppstiller en negativ plikt til å avstå fra å fatte vedtak i strid med Kommisjonens vedtak. Kommisjonens utkast til direktivtekst anvendte imidlertid identisk ordlyd som artikkel 16 for virkningen i artikkel 9.<sup>103</sup> Den endrede formuleringen i den endelige direktivteksten er ikke begrunnet.

Formulering om at vedtaket er «*irrefutably established*» i artikkel 9 er imidlertid klarere med tanke på den konkrete virkningen for erstatningssøksmål enn artikkel 16 og *Masterfoods* formulering om at vedtaket «cannot run counter to» Kommisjonens vedtak. Endringen av ordlyden kan slik sett trekke i retning av at lovgiverne ønsket å presisere virkningen av konkurransemyndighetenes vedtak for slike erstatningssøksmål ytterligere enn utkastets formulering «cannot run counter to». Særlig grunnet uklarheten om hva det innebærer at et vedtak er i konflikt – «running counter to» et Kommisjonsvedtak.

Arbeidsdokumentet til Direktivet uttrykker i forbindelse med virkningen av Kommisjonens vedtak at «claimants who bring actions for damages before national courts subsequent to a

---

<sup>100</sup> Blant annet saksforholdet i sak C-344/98 *Masterfoods* som dreide seg om uforenlige rettsfølger da den irske domstolen hadde forbudt inngrep i en frihet som ble underkjent av Kommisjonen. Se også Hjelmeng, Erling, *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler* (2003) side 106, og Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Sixth edition, (2008) Oxford University Press, side 1416 punkt 14.076.

<sup>101</sup> David Ashton and David Henry, *Competition damages actions in the EU*, Law and practice (2013) side 91, punkt 4.077

<sup>102</sup> Endringer i rettsutviklingen som er et resultat av endringer i EU-domstolens tolkning av EUs rettsakter må hensyntas ved tolkningen av EØS-avtalen, jf. i denne sammenheng homogenitetsmålsetningen i EØS-avtalens art. 1.

<sup>103</sup> Direktiv utkastet artikkel 9.



Commission decision, can rely on the Commission's decision directly as *irrebuttable proof* that an addressee of the decision infringed Article 81 or 82 EC.»<sup>104</sup> Dette trekker i retning av at Kommisjonen anser formuleringene i artikkel 16 og artikkel 9 som å innebære det samme for slike erstatningssøksmål. Dersom konstateringen av overtredelse er «irrefutably established», vil det heller ikke fattes et vedtak som «run counter» med konkurransemyndighetens vedtak. Det synes ikke å være tilsiktet noen realitetsforskjell i innhold eller rekkevidde ved de ulike formuleringene i artikkel 9 og artikkel 16 for domstolens behandling av vedtak som konstaterer overtredelse i etterfølgende erstatningssøksmål.

Det er likevel grunn til å understreke at Artikkel 16 generelt har et videre anvendelsesområde, da virkningen i artikkel 16 ikke er avgrenset ut i fra type vedtak. Artikkel 16 gjelder forholdet mellom Kommisjonens avgjørelser og nasjonale domstolers avgjørelser i alle typer saker, og ikke kun erstatningssøksmål. Dette fremgår også av Arbeidsdokumentet som angir at «It is submitted that this rule (artikkel 9) should be based on the mechanism of the rule contained in Article 16(1) of Regulation 1/2003 relating to the effect of the Commission decisions, but should be more limited than this rule in several aspects.»<sup>105</sup> Artikkel 9 er derfor snevrere nettopp ved at den kun kommer til anvendelse for vedtak som positivt konstaterer overtredelse og for etterfølgende erstatningssøksmål basert på samme overtredelse.

Artikkel 16 er generelt ansett som et særskilt uttrykk for kompetansefordelingen mellom nasjonale myndigheter og EU-organene. Herunder som et utslag av at nasjonale myndigheter ikke er kompetent til å overprøve lovligheten av avgjørelser fattet av en EU-institusjon, og derfor heller ikke *reelt* skal kunne sette det offentligrettslige vedtaket til side i en annen sak jf. sak *Foto Frost*, og *Otis*. Til sammenligning har nasjonale domstoler i utgangspunktet kompetanse til å overprøve lovligheten av avgjørelser fattet av nasjonale konkurransemyndigheter. Nasjonale domstolers *gyldighetsprøving* av den nasjonale konkurransemyndighetens offentligrettslige vedtak er imidlertid en annen prosess enn domstolens rolle ved erstatningssøksmål. Gyldighetsprøving av det offentlige vedtaket følger egne prosessfrister i motsetning til et erstatningskrav som foreldes etter særregler for konkurranseovertridelser.<sup>106</sup> Nasjonale domstoler har dermed heller ikke i realiteten kompetanse til å prøve *gyldigheten* av det offentligrettslige vedtaket i et etterfølgende erstatningssøksmål etter at fristen for overprøving er gått ut.

Formålet med artikkel 9 er imidlertid ikke hovedsakelig begrunnet i kompetansefordeling, men å koordinere samspillet mellom offentlig og privat håndhevelse «to improve the conditions for consumers to exercise the rights that they derive from the internal market». Artikkel 9 kan på denne bakgrunn anses å innebære et nytt element i EØS-avtalen. Hensynet til å hindre motstridende avgjørelser i et parallelt håndhevingssystem står imidlertid sterkt for begge rettsgrunnlagene, samt hensynet til konsekvent anvendelse av artikkel 101 og 102 TFEU. Å forhindre avgjørelser av nasjonale domstoler fra å være i strid med endelige avgjørelsene av en nasjonal konkurransemyndighet vedrørende samme sakskompleks, i likhet

---

<sup>104</sup> Arbeidsdokument punkt 140.

<sup>105</sup> Arbeidsdokument avsnitt 143.

<sup>106</sup> Konkurranseloven § 29 oppstiller en prosessfrist for gyldighetsprøving på seks måneder fra Konkurransetilsynets vedtak treffes, mens § 34 regulerer foreldelsesregler for rettskrav som følge av brudd på konkurransereglene.

med Kommisjonens og EFTAs overvåkningsorgans vedtak, vil dermed utfylle mekanismene for ivaretagelse av formålet om ensartet anvendelse av artikkel 101 og 102 TFEU fastsatt i Rådsforordning 1/2003. Artikkel 9 kan således forstås som en naturlig forlengelse av reguleringen i artikkel 16.

I tillegg vil ulike virkninger avhengig av om det er en nasjonal konkurransemyndighet eller Kommisjonen eller EFTAs overvåkningsorgan som fatter vedtak, kunne fremstå vilkårlig for skadelidte som søker erstatning for overtredelser av konkurransereglene. Grunnsetningen om at like tilfeller bør behandles likt, og hensynet til sammenheng i regelverket, tilsier også at virkningen av overnasjonale og nasjonale konkurransemyndigheters vedtak bør være lik for etterfølgende erstatningssøksmål i den nasjonale staten. Sett i lys av at Direktivets forarbeider tydelig gir uttrykk for at artikkel 9 var ment å tilsvare virkningen til artikkel 16, kun *snevvrere*, tilsier dette og konsekvenshensyn at virkningen etter artikkel 9 anvendes likt som artikkel 16 for etterfølgende erstatningssøksmål.

Den bindende virkningen er dermed begrenset til konstateringen av overtredelse, slik at domstolen står fritt dermed til å vurdere økonomisk tap og årsakssammenheng uavhengig av konkurransemyndighetenes faktiske og rettslige vurderinger av skadevirkningene.

Direktivet krever imidlertid ikke at overtredelsesvedtaket skal være *tilstrekkelig* ansvarsgrunnlag etter nasjonal rett. I utgangspunktet er det derfor ikke en automatikk i at konstatering av overtredelse medfører at culpa-ansvaret er oppfylt.<sup>107</sup> Konstateringen av overtredelse vil slikt sett kun inngå som et ledd i culpavurderingen. I praksis vil imidlertid en overtredelse av forbudsreglene normalt være tilstrekkelig ansvarsgrunnlag, ettersom forbudsreglene i seg selv kan anses å trekke grensene for det forsvarlige. Det subjektive elementet i culpa-vurderingen vil i så fall kun være spørsmål om unnskyldelige omstendigheter.<sup>108</sup> Den nasjonale dommeren må i den forstand, hvert fall i teorien, fortsatt vurdere om ansvarsgrunnlaget er oppfylt selv om konstateringen av overtredelse er bindende.

Samlet sett innebærer Direktivet artikkel 9 at vedtakets konstatering av overtredelse er ugjengdrivelig etablert dersom overtredelsen danner grunnlaget for et senere erstatningssøksmål. Mens vedtak om overtredelse etter hittil gjeldende norsk rett kun er et bevis i den erstatningsrettslige vurderingen, skal overtredelsen i henhold til direktivet legges til grunn både rettslig og faktisk. Noen omkamp om vedtaket er det, med enkelte modifikasjoner jeg kommer inn på i kapittel 5, ikke adgang til. På denne måten forenkler og effektiviserer artikkel 9 den etterfølgende erstatningssaken ved at domstolen ikke skal realitetsbehandle spørsmålet om overtredelse på nytt. Domstolene må imidlertid fortsatt ta stilling til de øvrige grunnvilkårene om økonomisk tap og årsakssammenheng som kan kreve kompliserte økonomiske vurderinger.

---

<sup>107</sup> Kolstad mfl, side 177.

<sup>108</sup> *ibid.*

### 3.3.4 «Irrefutably established»: Rettskraft, semi-rettskraft, bindende bevisvirkning – eller noe helt annet?

Det er et spørsmål om tilvante rettslige fenomener og begreper som «rettskraft» og «bindende bevis» kan brukes for å beskrive «irrefutably established» i Direktivet artikkel 9. Hvilken rettslig terminologi passer for rettsvirkningen i artikkel 9? Treffende begrepsbruk kan være nyttig for å plassere emnet i det rettslige landskapet slik at vi kan diskutere det noenlunde presist.

Nærings- og fiskeridepartementet og Lovavdelingen bruker begrepet «bindende bevisvirkning». Hjelmeng-utredningen skriver at utvalget oppfatter bestemmelsen som en bevisregel og ikke som en regel om rettskraft.<sup>109</sup> Ettersom den faktiske og rettslige analysen av vilkårene for overtredelse prejudisielt skal legges til grunn i erstatningssøksmålet, har virkningen imidlertid tilsynelatende store likhetstrekk med rettskraft. Materiell rettskraft er det nasjonalrettslige navnet på den *rettsvirkningen* som oppstår av dommer i det norske rettssystemet. Ved at konstateringen av overtredelse skal legges til grunn etter artikkel 9 nr. 1 gis det imidlertid ikke anvisning på en *rettsvirkning*. Rettskrafts-begrepet er dermed heller ikke fullt dekkende. Rettskrafts-begrepet bør dermed begrenses til domstolsavgjørelser, mens uttrykket «rettskraftsliknende virkninger» eventuelt kan benyttes om slike forvaltningsvedtak.<sup>110</sup> Eckhoff talte om at forvaltningsvedtak kan ha en bindende virkning «av en annen art en dommens».<sup>111</sup>

Hva sier derimot «bindende bevisvirkning» om den nøyaktige virkningen for etterfølgende erstatningssøksmål? Tradisjonelt anses bevisregler kun å gjelde det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken jf. Tvisteloven § 21-1. Ettersom artikkel 9 angir at også rettsanvendelsen skal anses bindende avgjort, kan terminologien om bindende bevisvirkning synes mindre treffende. Begrepet «bevisvirkning» er av Robberstad, i forbindelse med bevisvirkningen av dommer, definert som mønstervirkning for senere saker, enten av vurderingen av faktum isolert, eller den konkrete rettsanvendelsen. Bevisvirkning av dommer er til sammenligning definert av Lindblom som den faktiske betydning dommen kan ha i andre rettssaker både med hensyn til rettsspørsmål og fakta.<sup>112</sup> Begrepet bevisvirkning er svakere enn begrepet rettskraft, ved at et bevismiddel i utgangspunktet må vike for et overbevisende motbevis. For virkningen av artikkel 9 skal det derimot ikke være mulig å føre motbevis.

Tradisjonelle norske begreper og forestillinger synes etter dette å være utilstrekkelig for å fange opp essensen i «irrefutably established». Begrepet «bindende bevisvirkning» blir for snevert, mens rettskraft ikke gir riktige assosiasjoner da konstateringen av overtredelse ikke i seg selv etablerer noen rettskraftsvirkning. Formuleringen «*bindende*» bevisvirkning er kanskje nærmest den virkningen artikkel 9 oppstiller, men det fanger ikke opp det forhold at overtredelsen er *rettslig* er avgjort. Det særegne ved virkningen er nettopp at konstateringen av overtredelse, både med hensyn til rettsspørsmål og fakta, skal legges til grunn som bevis.

---

<sup>109</sup> Lovavdelingens tolkningsuttalelse 28.2.2014 på forespørsel fra NFD, Hjelmeng-utredningen side 77.

<sup>110</sup> Robberstad, side 96.

<sup>111</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskraft*, (Oslo 1945), side 21.

<sup>112</sup> Robberstad side 29 fotnote 42 henvisning til Lindblom II, (2002) s. 511.

Etter mitt syn kan artikkel 9 nr. 1 kanskje best beskrives med at vedtaket i første omgang er «ugjendrivelig etablert». Dels fordi dette ligger tettest opp til ordlyden i Direktivteksten, og dels fordi det synes å fange inn essensen i det som skjer når et vedtak skal legges til grunn i en senere erstatningssak etter Direktivet. På den måten slipper man også å legge rettskraftsinstituttet og tilvant bevisterminologi på strekk.

## 4 VIRKNINGEN AV VEDTAK FRA ANDRE EU/EØS-STATERS KONKURRANSEMYNDIGHETER

### 4.1 Innledning

Art. 9 nr. 2 angir at avgjørelser fra andre medlemslands konkurransemyndigheter i det minste skal kunne legges frem som prima facie-bevis i etterfølgende erstatningssøksmål. Artikkel 9 nr. 2 lyder:

*"Member States shall ensure that where a final decision referred to in paragraph 1 is taken in another Member State, that final decision may, in accordance with national law, be presented before their national courts as at least prima facie evidence that an infringement of competition law has occurred and, as appropriate, may be assessed along with any other evidence adduced by the parties."*

Avgjørelser fra andre medlemslands konkurransemyndigheter har ingen rettsvirkninger i norsk rett i dag. Virkningene av en rettskraftig dom fra medlemsstatenes domstoler reguleres av Luganokonvensjonen.<sup>113</sup> I norsk rett fremgår dette blant annet av Tvisteloven § 19-16. En slik administrativ dom i en overtredelsessak har ikke rettskraftsvirkning i en senere sivil erstatningssak.

Ved en eventuell innlemmelse av artikkel 9 nr. 2 i EØS-avtalen får ulikhetene mellom EU-pilaren og EFTA-pilaren, som gjennomgått i kapittel 2, betydning for hvorvidt bestemmelsen vil kunne gjennomføres gjensidig på tvers av pilarene EØS. Det sentrale er om vedtak fattet etter artikkel 53 eller 54 av EFTA-pilarens konkurransemyndigheter vil likestilles med vedtak fattet etter artikkel 101 og 102, slik at EFTA-pilarens vedtak vil få gjensidig virkning i EU-medlemslandene. Med andre ord; om Konkurransetilsynets vedtak etter artikkel 53 og 54 vil få prima facie virkning for svenske domstolars behandling av etterfølgende erstatningssøksmål, og om Konkurrentverkets vedtak etter artikkel 101 og 102 TFEU vil få prima facie virkning for norske domstoler. Virkningen på tvers av EU/EFTA-pilarene må dermed avklares for å avklare hvilken betydning andre EØS-lands (ikke-EFTA-lands) konkurransemyndigheters vedtak vil få i norsk rett, og hvilken betydning norske konkurransemyndigheters vedtak vil få i andre EØS-land. Som nevnt i kapittel 2 er det en forutsetning for at bestemmelsen skal få virkning i hele EØS at EØS-komiteen foretar materielle tilpasninger slik at virkningen som oppstilles får gjensidig virkning på tvers av pilarene. Hvis ikke vedtak etter artikkel 53 og 54 blir likestilt med vedtak etter artikkel 101 og 102, vil den praktiske løsningen være at artikkel 9 nr. 2 ikke får noen virkning i EFTA-pilaren.

### 4.2 Prima facie bevisvekt

Spørsmålet er hva virkningen oppstilt i artikkel 9 nr. 2 innebærer for erstatningssøksmålet. I utgangspunktet følger bestemmelsen samme prinsipp som i artikkel 9 nr. 1.<sup>114</sup> På grunn av stor motstand mot å tillegge vedtak fra *andre* medlemsstaters konkurransemyndigheter

---

<sup>113</sup> Problemstillinger knyttet til Direktivets henvisninger til Brussel I Regulation behandles ikke i avhandlingen. Se om dette i Peter Arnt Nielsen, Den nye Bruxelles I-forordning, TfR (2013) s. 289-314. Et eksempel på anvendelsen av denne i konkurranseerstatningssaker er Generaladvokat Jääskinen sitt forslag til avgjørelse 11. desember 2014 i sak C-352/13 ECLI:EU:C:2014:2443. Brussel I forordningen er ikke en del av EØS-avtalen og Liechtenstein er heller ikke medlem av Lugano, som gjør problemstillingene på tvers av pilarene noe mer komplisert.

<sup>114</sup> I Kommisjonens utkast til direktivtekst for artikkel 9 var virkningen identisk for uavhengig om vedtaket var fattet av konkurransemyndigheter i samme stat eller andre EØS-stater.

bindende virkning, ble direktivforslaget imidlertid myket opp til at slike vedtak kun skal ha «at least prima facie» bevisvekt.<sup>115</sup>

Bestemmelsen slår for det første fast at endelige vedtak fra nasjonale konkurransemyndigheter eller ankedomstoler i andre medlemsstater *skal* kunne legges frem som bevis i etterfølgende erstatningssøksmål for nasjonale domstoler jf. «ensure that.. may.. be presented». Ordlyden tilsier dermed at domstolen er forpliktet til å vurdere bevisverdien av vedtaket eller den rettskraftige dommen.

Spørsmålet er imidlertid hva det innebærer at det endelige vedtakets konstatering av overtredelse skal være “at least prima facie evidence». Innholdet av formuleringen er ikke nærmere forklart i direktivkildene, da formuleringen først kom inn rett før vedtakelsen.<sup>116</sup>

Uttrykket «prima facie evidence» er i EU-rettspraksis forstått som en presumpsjonsregel hvor bevisbyrden snus slik at det er saksøkte som må sannsynliggjøre at et spesifikt forhold ikke foreligger.<sup>117</sup> Overført til virkningen av artikkel 9 nr. 2 innebærer det at det endelige vedtaket skal legges til grunn med mindre det føres motbevis. Fortalen angir at “The finding can be assessed as appropriate, along with any other evidence adduced by the parties.”<sup>118</sup> Domstolen skal dermed vurdere den utenlandske konkurransemyndighetens vedtak sammen med øvrig bevis som fremlegges i saken. Domstolen kan slik komme til et annet resultat enn i det aktuelle vedtaket, også med hensyn til om det har skjedd en overtredelse av konkurransereglene.

Et relevant spørsmål er imidlertid om det foreligger noen begrensning på hva slags motbevis saksøkte kan fremlegge. Høyesterett i Italia har utviklet en praksis om «prova privilegiata» - oversatt til «privilegert bevis», - for endelige vedtak av konkurransemyndigheten i etterfølgende erstatningssøksmål. Dette innebærer at bevisbyrden snus og at motbevisene ikke kan være basert på faktiske forhold som ble vurdert av konkurransemyndigheten.<sup>119</sup> På bakgrunn av Direktivets formål om å tilrettelegge for økt effektivitet, forutberegnelighet og konsekvent anvendelse av forbudsreglene er en slik avgrensning av adgangen til å fremlegge motbevis formålmessig. Dersom saksøktes motbevis kan være basert på en gjentakelse av argumentasjonen og samme bevisfakta som allerede er vurdert av konkurransemyndigheten, vil en slik presumpsjonsregel fortsatt tillate at saksøkte setter konkurransemyndighetens vedtak i tvil i sin helhet.

En bevispresumpsjon som kun innebærer å snu bevisbyrden vil i begrenset grad ivareta formålet om å gjøre etterfølgende erstatningssøksmål mer effektive og å sikre konsekvent anvendelse av artikkel 101 og 102, og gir dermed ikke samme effekt som artikkel 9 nr. 1. Ved at saksøkte vil kunne gjenta sine synspunkter om den faktiske og rettslige vurderingen som konkurransemyndighetene har foretatt (som også eventuelt er stadfestet av ankedomstolen),

---

<sup>115</sup> Reviderte formuleringer av 21. oktober 2014.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Se *Donau Chemie* m.fl. avsnitt 13

<sup>118</sup> jf. fortalens 35. bemerkning.

<sup>119</sup> Emanuela Pistoia “The quest for Uniformity between National Competition Authorities and Court”, *European Business Law Review*, (2014) Volum 25 Issue 6, pp 909.

vil erstatningsprosessen fortsatt føre til de nevnte usikkerhetsfaktorene som dagens rettstilstand medfører; være ineffektivt, uforutberegnelig, tidkrevende og økonomisk belastende, som Direktivets formål var å redusere. De lege ferenda ville dermed en begrensning i hvilke motbevis saksøkte kan føre, slik som praksisen med «privilegerte bevis», være mer i tråd med Direktivets formål om å forenkle og effektivisere prosessen og sikre skadelidtes forutberegnelighet. Per dags dato foreligger det imidlertid ikke autoritative rettslige holdepunkter for å tolke innholdet «prima facie» i artikkel 9 nr. 2 til å oppstille en begrensning i saksøktes adgang til å motbevise overtredelsen. Det gjenstår å se hvordan bestemmelsen vil bli tolket i praksis. Medlemsstatene står uansett fritt til å oppstille nærmere regler om bevisverdien jf. formuleringen «*at least*» prima facie bevis.

## 5 PRINSIPPET OM DOMSTOLENS UAVHENGIGHET

### 5.1 Innledning

Hva om den nasjonale domstolen mener at konkurransemyndighetens rettsanvendelse er feil? Domstolen har, i hvert fall etter vår statsskikk, et overordnet ansvar for rettsanvendelsen, og utgangspunktet er at domstolen har full prøvingsrett av forvaltningsrettslige vedtak. Det synes dermed prinsipielt problematisk om domstolene er bundet av en rettsanvendelse som domstolen mener er uriktig.<sup>120</sup> En slik virkning vil også føre til at maktfordelingen mellom forvaltningen og domstolene forrykkes, og partenes rettssikkerhet svekkes.<sup>121</sup> Etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon har «enhver» rett til å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter ved en «uavhengig» domstol jf. artikkel 6 nr. 1.<sup>122</sup> Juridiske personer som foretak – som er konkurransereglens pliktsubjekt – har dermed også rettighetsbeskyttelse etter EMK. Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter oppstiller tilsvarende rettighet i artikkel 47 (2). Pakten er imidlertid ikke inntatt i EØS-avtalen og vil dermed ikke være direkte anvendelig i EFTA-pilaren.<sup>123</sup>

I det følgende kapittelet vil det vurderes i hvilken grad artikkel 9 griper inn i prinsippet om domstolens uavhengighet og maktfordelingsprinsippet, som er en del av nasjonalstatenes forfatningsrett, ved å virke inn på utfallet av saker som behandles av norske domstoler.<sup>124</sup> Utgangspunktet etter gjennomgangen ovenfor er at dersom nasjonale domstoler er uenige, sperrer Direktivets artikkel 9 nr. 1 for å fravike vedtakets konstatering av overtredelse. Direktivets artikkel 9 nr. 3 åpner imidlertid for å be om en tolkningsuttalelse fra EU-domstolen. I den sammenheng er det nødvendig å se nærmere på hva henvisningen i artikkel 9 nr. 3 innebærer.

### 5.2 Direktivets forbehold i Artikkel 9 nr. 3

Direktivets artikkel 9 nr. 3 fastsetter at «*This Article is without prejudice to the rights and obligations of national courts under Article 267 TFEU*». Artikkel 267 TFEU regulerer nasjonale domstolers rett, og i visse tilfeller plikt, til å referere spørsmål til EU-domstolen om tolkningen av traktaten eller gyldigheten av EUs rettsakter. Spørsmålet er hva denne henvisningen innebærer for virkningen av artikkel 9 nr. 1 og nr. 2 og nasjonale domstolers prøvingsadgang.

Fortalen presiserer at det er «*The effects of decisions by national competition authorities and review courts finding an infringement of the competition rules are without prejudice to the rights and obligations of national courts under Article 267 TFEU*»<sup>125</sup>

Ordlyden og fortalen synes dermed å oppstille et forbehold mot virkningen oppstilt i artikkel 9 nr. 1 og nr. 2. Henvisningen til artikkel 267 TFEU trekker i retning av at dersom den nasjonale

---

<sup>120</sup> Rettens ansvar for rettsanvendelsen er i norsk rett regulert i Tvisteloven § 11-3.

<sup>121</sup> Se i den retning Komninos (2006) side 16.

<sup>122</sup> Den europeiske menneskerettskonvensjon av 3. september 1953, inntatt i Menneskerettighetsloven vedlegg 2.

<sup>123</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union 2012/C 326/02. EFTA-domstolen unnlot å ta stilling til Paktens betydning for EFTA-pilaren i sak E-10/14 Enes Deveci and Others v Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden [2014] EFTA Ct. Rep. 1364, selv om partene var uenige om og prosederte på Paktens relevans.

<sup>124</sup> Johs. Andenæs, Norsk statsforfatningsrett (1998), side 304-305.

<sup>125</sup> jf. fortalens 35. bemerkning (egen kursivering).



domstolen som behandler erstatningssøksmålet er i tvil om rettsanvendelsen i konkurransemyndighetenes vedtak, kan domstolen be EU-domstolen om en «interpretation of the Treaties» etter artikkel 267 TFEU. En slik tolkningsuttalelse fra EU-domstolen utgjør en forhåndsavgjørelse i EU-medlemsstatene hvor rettsanvendelsen EU-domstolen legger til grunn binder medlemsstatene. EFTA-pilaren har beslektet regulering hvor nasjonale domstoler kan anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse etter ODA artikkel 34 om tolkningen av traktatbestemmelsene.<sup>126</sup>

Spørsmålet er om en tolkningsuttalelse som konstaterer at rettsanvendelsen i konkurransemyndighetens vedtak er uriktig innebærer at den nasjonale domstolen indirekte kan overprøve grunnlaget for vedtaket og komme til en annen konklusjon på spørsmålet om overtredelse.

Kommisjonens arbeidsdokument angir at

*“a rule on the effect of NCA decisions in civil law suits for damages modelled after Article 16(1) of Regulation 1/2003 would not prevent a national court, in the event it has serious doubts as to the legal correctness of the interpretation of Article 81 or 82 EC by the NCA, to make use of its right (and possibly obligation) to refer the question for preliminary ruling to the Court of Justice pursuant to Article 234 EC. National civil courts would thus retain their judicial independence to hold a diverging view on the interpretation of the law; they would merely be prevented from applying Article 81 or 82 EC (Nå artikkel 101 og 102) in a manner that runs counter to the NCA decision without first having obtained clarification from the Court of Justice on this question”<sup>127</sup>*

Fortalen trekker dermed i retning av at den nasjonale domstolen kan komme til et annet resultat enn konkurransemyndigheten, dersom EU-domstolen bekrefter at rettsanvendelse i konkurransemyndighetens vedtak var uriktig i en tolkningsuttalelse.

Artikkel 16 i Rådsforordning 1/2003 har samme henvisning til artikkel 267 TFEU, hvor EU-domstolen har fastslått at nasjonale domstoler som er usikre på om en avgjørelse fra *Kommisjonen* er basert på en korrekt tolkning av forbudene i artikkel 101 og 102, står fritt til å be om en forhåndsavgjørelse av dette tolkningsspørsmålet fra EU-domstolen.<sup>128</sup> Tilsvarende må anses å gjelde for henvisningen til ODA artikkel 34 i gjennomføringen av artikkel 16 for vedtak fattet av EFTAs overvåkningsorgan. Dersom en nasjonal domstol vurderer å treffe en avgjørelse som strider mot Kommisjonens eller EFTAs overvåkningsorgans vedtak, må den dermed forelegge spørsmålet for EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse etter ODA artikkel 34 eller forhåndsavgjørelse av EU-domstolen etter artikkel 267 TFEU.<sup>129</sup> Nasjonale domstoler er i så måte ikke underlagt den nasjonale konkurransemyndighetens rettslige

---

<sup>126</sup> I EFTA-pilaren er Artikkel 267 TFEU bokstav a) tilsvarende regulert i artikkel 34 i ODA om nasjonale domstolars adgang til å forelegge spørsmål om rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen. Artikkel 267 bokstav b finnes ikke tilsvarende regulert i EFTA-pilaren.

<sup>127</sup> Arbeidsdokumentet avsnitt 150.

<sup>128</sup> Otis-saken.

<sup>129</sup> Dette er også lagt til grunn i Kommisjonens og ESAs kunngjøringer om samarbeid med nasjonale domstoler, se supra note 45.

vurdering, men heller underlagt EU-domstolen eller EFTA-domstolens tolkning av konkurranseforbudene.<sup>130</sup>

Det kan imidlertid problematiseres hvorvidt det har betydning at EFTA-domstolens tolkningsuttalelser kun er rådgivende slik at EFTA-statenes domstoler prinsipielt ikke er bundet av tolkningsuttalelsen.<sup>131</sup> Til sammenligning har EU-medlemslandenes domstoler plikt til å legge EU-domstolens tolkning til grunn i den nye realitetsvurderingen av overtredelsesspørsmålet i erstatningssøksmålet. Selv om de nasjonale domstolene i EFTA-pilaren prinsipielt ikke er bundet, skal det imidlertid mye til før en nasjonal domstol vil fravike en rådgivende uttalelse som er innhentet nettopp fordi domstolen var usikker på om konkurransemyndighetens rettsanvendelse var korrekt.<sup>132</sup>

Henvisningen til artikkel 267 i artikkel 9 må dermed innebære at konstateringen av overtredelse i vedtaket ikke er bindende dersom EU- eller EFTA-domstolen ved en tolkningsuttalelse fastslår at rettsanvendelsen er uriktig. I realiteten tilsvarer dette at den nasjonale domstolen kan overprøve grunnlaget for konkurransemyndighetenes vedtak. Forbeholdet i artikkel 9 nr. 3 kan dermed anses som en sikkerhetsventil mot at det knyttes ytterligere virkninger til uriktige avgjørelser.

Inntil det foreligger en forhåndsavgjørelse fra EU-domstolen eller rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen som konkluderer med at konkurransemyndigheten har lagt til grunn en feilaktig tolkning av artikkel 53 og 54, vil derimot konkurransemyndighetens vedtak om overtredelse være ugjendrivelig etablert og hindre den nasjonale domstolen i å treffe en motstridende avgjørelse.

Det kan spørres om hvorvidt en slik tolkningsuttalelse skal gå utover gyldigheten til det opprinnelige vedtaket. EU-domstolens konstatering av at konkurransemyndighetene har anvendt uriktig rettsanvendelse kan riktignok medføre grunnlag for traktatsbruddsøksmål etter artikkel 258 TFEU eller ODA artikkel 31. Betydningen av en forhåndsavgjørelse om tolkningen i relasjon til erstatningssøksmålet, vil imidlertid ikke automatisk få konsekvenser for den offentligrettslige virkningen av vedtaket. Forbeholdet som er inntatt ved henvisningen til rettighetene etter artikkel 267 TFEU vil kun eventuelt innebære at domstolen ikke finner ansvarsgrunnlaget bevist og at erstatningskravet i den privatrettslige saken ikke fører frem. Det opprinnelige vedtaket kan for norsk rett eventuelt omgjøres etter forvaltningsloven § 35, eller, dersom det er stadfestet av en domstol, søkes gjenåpnet etter tvistelovens regler. Adgangen til gjenåpning er imidlertid snever. Tvistelovens § 31-4 (1) bokstav b gir grunnlag for gjenåpning på grunn av feil ved avgjørelsen dersom en «*bindende avgjørelse* av en internasjonal domstol (...) i samme saksforhold tilsier at avgjørelsen var basert på uriktig anvendelse av folkeretten». Hvorvidt dette vil få anvendelse for EFTA-domstolens *rådgivende* tolkningsuttalelse synes høyst usikkert, selv om EFTA-domstolen selv omtaler tolkningsuttalelsene som «*Judgment of the Court*». Det kan imidlertid argumenteres for at

---

<sup>130</sup> Se Assimakis P. Komninos, «Effect of Commission decisions on private antitrust litigation: Setting the story straight», (2007) 44 Common Market Law Review, Issue 5, side 1393.

<sup>131</sup> Senest i Rt. 2013 s. 258 STX ga Høyesterett relativt klart uttrykk for at man ikke var enige i EFTA-domstolens tolkning.

<sup>132</sup> jf. Rt. 2000 s. 1811 Finanger I.

hensynet til forutberegnelighet og rettsikkerhet tilsier at et offentligrettslig inngripende vedtak som beviselig er basert på feil rettsanvendelse bør kunne gjenåpnes.

### 5.3 Domstolens uavhengighet og saksøktes rett til rettferdig rettergang

Spørsmålet er hvordan forbeholdet i artikkel 9 nr. 3 stiller seg med tanke på domstolens prøvingsrett. Som følge av nasjonale domstoler adgang til å forelegge tolkningsspørsmål til EU- eller EFTA-domstolen, kan det argumenteres for at de nasjonale domstolene indirekte beholder det overordnede ansvaret for korrekt tolkning og anvendelse av konkurransereglene.<sup>133</sup> Henvisningsmuligheten kan i et slikt lys anses å avdempe de prinsipielle innvendingene mot at domstolene er bundet av forvaltningens rettsanvendelse.

Forbeholdet kan i den forstand anses som en anerkjennelse fra EU-lovgiveren om at nasjonale domstoler, strengt tatt, ikke direkte kan være positivt bundet av Kommisjonens, EFTAs overvåkningsorgan eller nasjonale konkurransemyndigheters avgjørelser da dette vil stride mot domstolens uavhengighet. Imidlertid vil domstolen indirekte være bundet ved at det kun er gjennom EU-domstolen eller EFTA-domstolens fravikende tolkningsuttalelse at konkurransemyndighetens konstatering av overtredelse kan fravikes.<sup>134</sup> Dette trekker i retning av at artikkel 9 i prinsippet ikke innebærer en formell positiv bindende virkning, og dermed innebærer et mindre inngrep i domstolens prøvingsrett. Dette kan også eventuelt forklare EU-domstolen og EU-lovgivers valg av terminologi både i artikkel 16 og artikkel 9 hvor det unngås å brukes den positive termen «binding effect».

Det må videre tas i betraktning at det gjelder et bestemt og snevert avgrenset saksområde, nemlig erstatningssøksmål basert på brudd på konkurransebestemmelsene, og at den bindende virkningen kun relaterer seg til konstateringen av overtredelse. Skjønnet som ligger til konkurransemyndighetene er begrenset, og det er i rettspraksis oppstilt et skjerpet beviskrav for konkurransemyndigheters konstatering av overtredelse ved illeggelse av administrative sanksjoner.<sup>135</sup> Beviskravet som må oppfylles for konkurransemyndighetenes overtredelsesvedtak er dermed skjerpet i forhold til det alminnelige beviskravet ved erstatningssaker. Domstolen står fritt til å vurdere økonomisk tap og årsakssammenheng, og det er domstolen som skal avsi en rettskraftig dom i erstatningssaken som danner grunnlag for eventuell tvangsfullbyrdelse. Dette trekker ytterligere i retning av at virkningen i artikkel 9 er mindre prinsipielt betenkelig enn kritikken mot bestemmelsen skal ha det til.

Innvendingene mot artikkel 9 vedrørende domstolens uavhengighet og fri bevisbedømmelse må tilsvarende ha gjort seg gjeldende ved gjennomføringen av artikkel 16 i Rådsforordning 1/2003/ODA protokoll 4 kapittel 2. Ved Lovavdelingens vurdering av hvorvidt artikkel 16 grep inn i domstolens uavhengighet, ble det konkludert med at ordningen ikke var direkte i strid med prinsippet om domstolens uavhengighet av andre statsorganer.<sup>136</sup> Vurderingen ble blant annet begrunnet i at det formelt ikke er tale om noen instruks til norske domstoler om

---

<sup>133</sup> Pistoia (2014) side 912-913.

<sup>134</sup> Komninos (2006) side 24.

<sup>135</sup> jf. *Tine*-saken avsnitt 48.

<sup>136</sup> <https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/-93---konstitusjonelle-sporsmal-i-tilkny/id455891/>

hvordan de skal dømme i en konkret sak, og at ordningen har visse likhetstrekk med tilfeller der en domstols kompetanse til å overprøve et forvaltningsorgans vedtak er begrenset.

Videre la Lovavdelingen vekt på at Kommisjonens og ESAs avgjørelser i seg selv er gjenstand for domstolskontroll, enten av Underretten/EU-domstolen eller EFTA-domstolen. Det vil dermed ofte være rettskraftige domsavgjørelser som stadfester vedtaket som vil binde den nasjonale domstolen. Dette er ikke ukjent fra rettskraftsinstituttet, som riktignok ikke kommer direkte til anvendelse for virkningen i artikkel 9 for etterfølgende erstatningssøksmål. De samme argumentene må kunne gjøres gjeldende for artikkel 9. Adgangen til domstolskontroll av konkurransemyndighetenes vedtak ivaretar særlig saksøktes rettssikkerhet, samtidig som domstolens prøvingsrett over forvaltningens vedtak ivaretas.

Som nevnt innledningsvis har saksøktes rett til en «uavhengig.. domstol» etter EMK art. 6 nr. 1 første setning. I forbindelse med etterfølgende erstatningssøksmål, vil saksøktes rettssikkerhet hovedsakelig være ivaretatt gjennom at foretaket som ble ilagt sanksjon har tilgang til effektive rettsmidler for overprøving av gyldigheten av det offentligrettslige vedtaket.<sup>137</sup>

De nasjonale domstolene har kompetanse til å foreta en full overprøving av konkurransemyndighetenes beslutning både hva gjelder faktum og rettsregler i den offentligrettslige ankeprøvingen av vedtakets gyldighet.<sup>138</sup> Foretakene er dermed sikret en rettferdig rettergang. Dette er lagt til grunn i Den Europeiske Menneskerettsdomstol avgjørelse i *Menarini mot Italia* som brakte klarhet i spørsmålet om hvorvidt konkurranserettslige overtredelsesgebyr kan ilegges administrativt uten å komme i strid med de grunnleggende rettighetene som følger av EMK artikkel 6 nr. 1.<sup>139</sup>

Dersom saksøkte unnlater å prøve vedtaket for domstolen, kan dette tolkes som en aksept eller et samtykke til at foretaket har brutt konkurransereglene. I en privatrettslig tvist har partene nettopp frihet til å avtale, samtykke eller forlike om hva de vil, og domstolens rolle er heller å fungere som tvisteløser dersom partene ikke kan forenes. Ved at saksøkte nettopp har hatt mulighet til å overprøve gyldigheten av det offentligrettslige vedtaket, kan artikkel 9 ikke anses som et nevneverdig inngrep i saksøktes rettssikkerhet. Det at saksøkte nettopp har hatt mulighet for full prøving av vedtaket trekker heller i retning av at det ikke er noen grunn til at det samme spørsmålet skal prosederes på nytt. Saksøktes rettssikkerhet må dermed anses tilstrekkelig ivaretatt.

Den bindende virkningen artikkel 9 oppstiller kan imidlertid gi saksøkte et økt initiativ til å overprøve konkurransemyndighetens vedtak, ved at konsekvensen av å unnlate av å overprøve vedtaket vil anses som en aksept og føre til at det legges til grunn i erstatningssøksmålet. Artikkel 9 vil i den forstand kunne være prosesskapende.

---

<sup>137</sup> Se konkurranseloven § 29 (3).

<sup>138</sup> Jf. konkurranseloven § 29 (3) 7. punktum.

<sup>139</sup> Menneskerettighetsdomstolens sak *A Menarini Diagnostics S-R-L v. Italia*, no 43509/08, 27.9.2011. Dette er også lagt til grunn i EU-domstolens avgjørelse C-389/10 *KME Germany and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2011:816., EFTA-domstolens avgjørelse E-15/10 *Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority*, EFTA Ct. Rep. 2012 side 246, og Høyesteretts avgjørelse Rt. 2011 s. 910 *Tine-saken* avsnitt 51.

## 6 AVSLUTNING

Avhandlingen har vist hvordan Håndhevingsdirektivet artikkel 9 legger føringer for domstolenes behandling av vedtak om overtredelse i etterfølgende erstatningssøksmål. Blant annet gjennom artikkel 9 er Direktivets målsetting å bidra til samordning av offentlig og privat håndheving slik at håndhevingen samlet sett blir effektiv. Hvorvidt håndhevingen i praksis blir mer effektiv avhenger imidlertid av flere faktorer, blant annet hvordan aktørene innretter seg. Den bindende virkningen av vedtak om overtredelse kan muligens gi overtrederen økt initiativ til å overprøve vedtaket i vedtaksomgangen som følge av at det er ugjendrivelig etablert i et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål. På den annen side kan det hevdes at økt prosess i vedtaksomgangen vil veies opp av at det blir mindre tid på prosess om selve overtredelsen i et eventuelt etterfølgende erstatningssøksmål. Av hensyn til Direktivets målsetting bør norske myndigheter ved en eventuell gjennomføring uansett legge til rette for å skape bevissthet om Direktivet slik at potensielle skadelidte tar hensyn til Direktivets regulering ved kalkulering av prosessrisikoen.

I et mer overordnet perspektiv illustrerer Direktivet det Europautvalget omtalte som «dobbeltheten» i EØS-avtalen: «Man kan si at Norge er både utenfor og innenfor EU – samtidig. Eller man kan si at Norge verken er helt utenfor eller helt innenfor. Prinsipielt er dette en vanskelig konstruksjon, med iboende strukturelle spenninger og problemer.»<sup>140</sup> Etter mitt syn illustrerer Håndhevingsdirektivet artikkel 9 noe av denne dobbeltheten og strukturelle spenningen. I kapittel 5 pekte jeg på hvordan de rettssikkerhetsmessige aspektene ved artikkel 9 veies opp av at domstolene i et etterfølgende erstatningssøksmål – dersom de er uenige i konkurransemyndighetens rettsanvendelse – kan henvise saken til EU-domstolen for bindende forhåndsavgjørelse. Norske domstoler kan imidlertid ikke be EFTA-domstolen om en bindende forhåndsavgjørelse – EFTA-domstolens syn er som nevnt bare rådgivende, jf. ODA-avtalen artikkel 34. Dermed mangler EØS-retten tilsynelatende noe av det rettslige rammeverket som Direktivet er forutsatt å inngå i og som bidrar til å gi Direktivet legitimitet og balanse. På den annen side er det som nevnt slik at EFTA-domstolens rådgivende uttalelser i praksis legges til grunn som gjeldende rett.<sup>141</sup> Man vil dermed langt på vei oppnå den samme reguleringen i EØS som i EU. På den måten illustrerer Direktivet et annet poeng Europautvalget fremhevet i forlengelsen av det ovennevnte sitatet: De prinsipielle problemene med EØS er større enn de praktiske.<sup>142</sup> Stort sett fungerer EØS-samarbeidet godt, grunnet partene vilje til å komme frem til pragmatiske og fleksible løsninger. Min prognose er at det også vil gjelde for Håndhevingsdirektivet dersom dette gjennomføres i norsk rett.

---

<sup>140</sup> NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU, side 18.

<sup>141</sup> Blant annet Rt. 2000 s. 1811 Finanger I.

<sup>142</sup> NOU 2012: 2 side 18.

**Lover:**

Tvisteloven (Tvl)	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker
Konkurranseloven (Krrl)	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
EØS-Konkurranseloven	Lov 5 mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
Menneskerettighetsloven	Lov av 21. mai 1999 nr. 30
Luganoloven	Lov 8. januar 1993 nr. 21 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker

**Høyesterettspraksis:**

<i>STX</i>	Rt. 2013 s. 258
<i>Tine-saken</i>	Rt. 2011 s. 910
<i>Finanger I</i>	Rt. 2000 s. 1811

**Forarbeider:**

Europautredningen	NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU  Meld. St. 5 (2012-2013) <i>EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU</i>  Ot.prp. nr. 6 (2003-04) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)
-------------------	--

**Traktater/konvensjoner:**

EU Charteret	Charter of Fundamental Rights of the European Union 2012/C 326/02
TFEU	Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), vedtatt 13. desember 2007, trådte i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ V83/47
ODA	Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) av 2. mai 1992
ODA Protokoll 4 kapittel 2	Protokoll 4, Part II Application of Articles 53 and 54 of the EEA Agreement Chapter II Implementation of the Rules on Competition laid down in Articles 53 and 54 of the EEA Agreement, Section IV Cooperation. <a href="http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-">http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-</a>

[texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Protocol-4-on-the-functions-and-powers-of-the-EFTA.pdf](#)

Luganokonvensjonen      Konvensjon om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 16. september 1988 med protokoller

EMK      Den europeiske menneskerettskonvensjon av 3. september 1953

### **EU forordninger/direktiver:**

Håndhevingsdirektivet      Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

Rådsforordning 1/2003      Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 4.1.2003, p. 1

Rådsforordning 17/62      EEC Council: Regulation No 17: First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty OJ 013 , 21/02/1962 P. 0204 - 0211

### **Praksis fra EU-domstolen:**

Kone      Sak C-557/12 *Kone and Others* EU:C:2014:1317

Otis      Sak C-199/11 *Otis and Others* EU:C:2012:684

Donau      Sak C-536/11 *Donau Chemie and Others* EU:C:2013:366, .

KME      Sak C-389/10 P - *KME Germany and Others v Commission*, ECLI:EU:C:2011:816

Manfredi      Sak C-298/04 *Manfredi and Others* EU:C:2006:461,

Courage      Sak C- C-453/00 *Courage and Crehan* EU:C:2001:465,

Masterfoods      Sak C-344/98, *Masterfoods Ltd v HD Ice Crem Ltd*, 14 desember 2000, ECLI:EU:C:2000:689

BRT      Sak C-127/73 *BRT and SABAM* EU:C:1974:25

### **Generaladvokaten forslag:**

Opinion av Generaladvokat Kokott Opinion i Sak C-557/12 *Kone and Others* ECLI:EU:C:2014:45

Opinion av Generaladvokat Jääskinen i sak C-352/13 *CDC*, ECLI:EU:C:2014:2443

Opinion av Generaladvokat Villalón i sak C-199/11 Otis and Others ECLI:EU:C:2012:388,

#### Praksis fra EFTA-domstolen:

Enes Deveci	Sak E-10/14 <i>Enes Deveci and Others v Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden</i> [2014] EFTA Ct. Rep. 1364
Schenker V	Sak E-5/13 <i>DB Schenker v EFTA Surveillance Authority</i> , EFTA Ct rep. [2014] side 306
Posten Norge AS	E-15/10 - <i>Posten Norge AS v EFTA Surveillance Authority</i> , EFTA Ct. Rep. [2012] side 246

#### Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen:

*A Menarini Diagnostics S-R-L v. Italia*, no 43509/08, 27. September 2011

#### Dokumenter fra Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan og EØS- komiteen:

Utkast til Direktivtekst	Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. COM(2013) 404, 11.6.2013 <a href="http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html">http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html</a> .
Hvitboken	White paper on Damages actions for Breach of the EC antitrust rules COM (2008) 165 final, Brussels 2.4.2008 <a href="http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html">http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html</a> .
Arbeidsdokumentet	Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (SEC (2008) 404) <a href="http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html">http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html</a> .
Kunngjøring om det Europeiske konkurransenettverket	Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, (2004/C 101/03) <a href="http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2004:101:TOC">http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2004:101:TOC</a>
Kommisjonens kunngjøring om samarbeid	Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, EUT C 101 av 27.4.2004, s. 54. <a href="http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2004:101:TOC">http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2004:101:TOC</a>



ESAs kunngjøring om samarbeid	Kunngjøring om samarbeid mellom EFTAs overvåkningsorgan og domstolene i EFTA-statene i forbindelse med anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53 og 54, EØS-tillegget til EUT <a href="#">nr. 62 av 14.12.2006, s. 21</a>
EØS-komiteens beslutning om å innta rådsforordning 1/2003	EØS-komiteens beslutning 130/2004 av 24. september 2004 <a href="http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2004%20-%20Norwegian/130-2004n.pdf">http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2004%20-%20Norwegian/130-2004n.pdf</a>
<b>Øvrige nettdokumenter:</b>	
Næringsminister Monica Mæland	Næringsminister Monica Mæland i sitt innlegg for Stortingets Europautvalg 12. mars 2015 <a href="https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Europautvalget/2014-2015/150312/">https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Europautvalget/2014-2015/150312/</a>
Hjelmeng-utredningen	Utredning av rettsspørsmål knyttet til gjennomføringen i norsk rett av Parlaments- og Rådsdirektiv 2014/104/EU av 26. november om <i>visse regler for søksmål i henhold til nasjonal rett angående erstatning for overtredelser av medlemsstatenes og Den europeiske unions konkurranserett</i> av Professor Erling Hjelmeng, Førsteamanuensis Inger B. Ørstavik og Førsteamanuensis Eirik Østerud, publisert 12.03.2015 på <a href="https://www.regjeringen.no/nb/aktuelt/ny-rapport-om-erstatning-for-brudd-pa-konkurransereglene/id2399971/">https://www.regjeringen.no/nb/aktuelt/ny-rapport-om-erstatning-for-brudd-pa-konkurransereglene/id2399971/</a>
Lovavdelingens tolkningsuttalelse til artikkel 9	«Konstitusjonelle spørsmål i tilknytning til art 9 i direktivforslaget om erstatning ved brudd på konkurransereglene» 28.02.2014
EFTA statenes faste komitè's kommentar til Direktivet	Standing Committee of the EFTA states, "EEA EFTA Comment on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union", 13. November 2013 <a href="http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-efta-comments/2013/2013-11-13-EEA-EFTA-Comment-on-action-for-damages.pdf">http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-efta-comments/2013/2013-11-13-EEA-EFTA-Comment-on-action-for-damages.pdf</a>
Lovavdelingens tolkningsuttalelse til artikkel 16	«§ 93 - Konstitusjonelle spørsmål i tilknytning til artikkel 16 i rådsforordning 1/2003/EF 16. desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktatens artikkel 81 og 82», 4. mars 2003 <a href="https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/-93---konstitusjonelle-sporsmal-i-tilkny/id455891/">https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/-93---konstitusjonelle-sporsmal-i-tilkny/id455891/</a>  Høringsbrev fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet

[https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/horingsbrev/id508100/?regj\\_oss=10](https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/horingsbrev/id508100/?regj_oss=10)

Norske kommentarer til Hvitboken

Norske kommentarer til Kommisjonens hvitbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktaten:

[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/antitrust\\_080715.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/antitrust_080715.pdf)

#### **Praksis fra Konkurransetilsyn:**

Pressemelding

<http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Milli ongebyr-for-kartell-virksomhet/> Ikke offentliggjort vedtak: Arro Elektro AS/Arro Holding AS («Arro»), Caverion Norge AS/Caverion Oyj («Caverion») og Ingeniør Ivar Pettersen AS/Pettersen AS («Pettersen»).



Emmanuela Truli, «White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The Binding Effect of Decisions Adopted by the Competition Authorities» 25. august 2009  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1467808](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467808)

Halvard Haukeland Fredriksen, Tvisteloven og EØS-avtalen, Tidsskrift for Rettsvitenskap Nr. 3 (2008) side 290-358

Komninos (2007)

Assimakis P. Komninos, «Effect of Commission decisions on private antitrust litigation: Setting the story straight», (2007) 44 Common Market Law Review, Issue 5, pp. 1387–1428

Kominios (2006)

Assimakis P. Komninos, "Public and private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?", (2006) 3 The Competition Law Review, Issue 1 pp. 5-26